

تبيين الحقائق

للإمام فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي المتوفى سنة ٧٤٣هـ

شرح

كنز الدقائق

للإمام أبي البركات حافظ الدين عبد الله بن أحمد النسفي المتوفى سنة ٧١٠هـ

ومعه

حاشية الإمام العلامة الشيخ الشلبي على هذا الشرح

تحقيق

الشيخ أحمد عزو عناية

تنبيه:

وضعنا متن «تبيين الحقائق» في أعلى الصفحات، ووضعنا أسفل منه حاشية الشيخ الشلبي مفصولاً بينهما بخط.

الجزء الرابع

يحتوي على الكتب التالية:

السرقة - السير - اللقيط - اللقطة - الآبق - المفقود
الشركة - الوقف - البيوع - الصرف

منشورات
محمد علي بيضون
دار الكتب العلمية
بيروت - لبنان

الطبعة الأولى

١٤٢٠هـ - ٢٠٠٠م

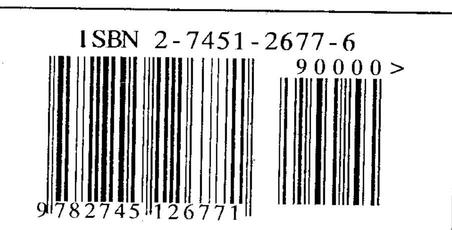
دار الكتب العلمية
بيروت - لبنان

العنوان : رمل الظريف - شارع البحتري - بناية ملكارت
هاتف و فاكس : ٣٦٤٣٩٨ - ٣٦٦١٣٥ - ٣٧٨٥٤١ (١ ٩٦١) ٠٠
صندوق البريد : ١١ - ٩٤٢٤ بيروت - لبنان

DAR al-KOTOB al-ILMIYAH
Beirut - Lebanon

Address : Ramel al-Zarif,Bohtory st.,Melkart bldg., 1st Floor
Tel + Fax : 00 (961 1) -378541 - 366135 - 364398
P.O.Box : 11 - 9424 Beirut - Lebanon

ISBN 2-7451-2677-6



http://www.al-ilmiyah.com.lb/
e-mail : sales@al-ilmiyah.com
info@al-ilmiyah.com

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب السرقة

هي أخذ مكلف خفية قدر عشرة دراهم مضروبة محرزة بمكان أو حافظ فيقطع إن أقر مرة أو شهد رجلان ولو جمعا والآخذ بعضهم قطعوا إن أصاب لكل نصاب ولا يقطع بخشب وحشيش وقصب وسمك وطير وصيد وزرنيخ ومغرة ونورة وفاكهة رطبة أو على شجر ولبن ولحم وزرع لم يحصد وأشربة وطنبور ومصحف ولو محلى وباب مسجد وصليب ذهب وشطرنج ونرد وصبي حر ولو معه حلي وعبد كبير ودفاتر وكلب وفهد ودف وطبل وبربط ومزمار وبخيانة ونهب واختلاس وبنبش ومال عامة أو مشترك ومثل دينه وبشيء قطع فيه ولم يتغير ويقطع بسرقة الساج والقنا والآبنوس والصندل والفصوص الخضر والياقوت والزبرجد واللؤلؤ والأواني والأبواب المتخذة من الخشب ومن سرق من ذي رحم محرم منه لا برضاع ومن زوجته وزوجها وسيده وزوجته وزوج سيدته ومكاتبه وختنه وصهره ومن مغنم وحمام وبيت أذن في دخوله لم يقطع ومن سرق من المسجد متاعاً وربه عنده قطع وإن سرق ضيف ممن أضافه أو سرق شيئاً ولم يخرجه من الدار لا وإن أخرجه من حجرة إلى الدار أو أغار من أهل الحجرة على حجرة أو نقب فدخل وألقى شيئاً في الطريق ثم أخذه أو حمله على حمار فساقه وأخرجه قطع وإن ناول آخر من خارج أو أدخل يده في بيت وأخذ أو طرّ صرة خارجة من كم أوسرق من قطار بعيراً أو حملاً لا وإن شق الحمل فأخذ منه أو سرق جوالقاً فيه متاع وربه يحفظه أو نائم عليه أو أدخل يده في صندوق أو في جيب غيره أو كمه فأخذ المال قطع تقطع يمين السارق من الزند وتحسم ورجله اليسرى إن عاد فإن سرق ثالثاً حبس حتى يتوب ولم يقطع كمن سرق وإبهامه اليسرى مقطوعة أو شلاء أو إصبعان منها سواها أو رجله اليمنى مقطوعة ولا يضمن بقطع اليسرى من أمر بخلافه وطلب المسروق منه شرط القطع ولو مودعاً أو غاصباً أو صاحب الربا ويقطع بطلب المالك لو سرق منهم لا بطلب المالك أو السارق لو سرق من سارق بعد القطع ومن سرق شيئاً ورده قبل الخصومة إلى مالكه أو ملكه بعد القضاء أو ادعى أنه ملكه أو نقصت قيمته من النصاب لم يقطع ولو أقرا بسرقة ثم قال أحدهما هو

مالي لم يقطعا ولو سرقا وغاب أحدهما وشهد على سرقتهما قطع الآخر ولو أقر عبد بسرقة قطع وترد السرقة إلى المسروق منه ولا يجتمع قطع وضمان وترد العين لو قائماً ولو قطع لبعض السرقات لا يضمن شيئاً ولو شق ما سرق في الدار ثم أخرجه قطع ولو سرق شاة فذبحها وأخرجها لا ولو صنع المسروق دراهم أو دنانير قطع وردها ولو صبغه أحمر فقطع لا يرد ولا يضمن ولو أسود يرد.

باب قطع الطريق

أخذ قاصد قطع الطريق قبله حبس حتى يتوب وإن أخذ مالاً معصوماً قطع يده ورجله من خلاف وإن قتل قتل حداً وإن عفا الولي وإن قتل وأخذ قطع وقتل وصلب أو قتل أو صلب ويصلب حياً ثلاثة أيام ويبعج بطنه برمح حتى يموت ولم يضمن ما أخذ وغير المباشر كالمباشر والعصا والحجر كالسيف وإن أخذ مالاً وجرح قطع وبطل الجرح وإن جرح فقط أو قتل فتاب أو كان بعض القطاع غير مكلف أو ذا رحم محرم من المقطوع عليه أو قطع بعض القافلة على البعض أو قطع الطريق ليلاً أو نهاراً بمصر أو بين مصرين لم يحد فأقاد الولي أو عفا ومن خنق في المصر غير مرة قتل به.

كتاب الجهاد

الجهاد فرض كفاية ابتداء إن قام به بعض سقط عن الكل وإلا أثموا بتركه ولا يجب على صبي وامرأة وعبد وأعمى ومقعد وأقطع وفرض عين إن هجم العدو فتخرج المرأة والعبد بلا إذن زوجها وسيده وكره الجعل إن وجد فيء وإلا لا فإن حاصرناهم ندعوهم إلى الإسلام فإن أسلموا وإلا إلى الجزية فإن قبلوا فلهم ما لنا وعليهم ما علينا ولا نقاتل من لم تبلغه الدعوة إلى الإسلام وندعو ندباً من بلغته وإلا نستعين بالله تعالى ونحاربهم بنصب المجانيق وحرقهم وغرقهم وقطع أشجارهم وإفساد زروعهم ورميهم وإن تترسوا ببعضنا ونقصدهم ونهينا عن إخراج مصحف وامرأة في سرية يخاف عليها وغدر وغلول ومثلة وقتل امرأة وغير مكلف وشيخ فان وأعمى ومقعد إلا أن يكون أحدهم ذا رأي في الحرب أو ملكاً وقتل أب مشرك وليأب الابن ليقتله غيره ويصالحهم ولو بمال إن خيراً ونبذ لو خيرا ونقاتل بلا نبذ لو خان ملكهم والمرتدين بلا مال فإن أخذ لم يرد ولم نبع سلاحاً منهم ولم نقتل من أمّنه حر أو حرة ونبذ لو شرّاً وبطل أمان ذمي وأسير وتاجر وعبد محجور عن القتال.

باب الغنائم وقسمتها

ما فتح الإمام عنوة قسم بيننا أو أقرّ أهلها ووضع الجزية والخراج وقتل الأسرى أو استرق أو ترك أحراراً ذمة لنا وحرم ردّهم إلى دار الحرب والفداء والمنّ وعقر مواش شق إخراجها فتذبح وتحرق وقسمة الغنيمة في دارهم لا للإيداع وبيعها قبلها وشرك الردء والمدد فيها لا السوقي بلا قتال ولا من مات فيها وبعد الإحراز بدارنا يورث نصيبه وينتفع فيها بعلف و طعام وحطب وسلاح ودهن بلا قسمة ولا يبيعها وبعد الخروج منها لا وما فضل ردّ إلى الغنيمة ومن أسلم منهم أحرز نفسه وطفله وكل مال معه أو وديعة عند مسلم أو ذمّي دون ولده الكبير وزوجته وحملها وعقاره وعبده المقاتل للراجل سهم وللفارس سهمان ولو له فرسان والبراذين كالعتاق لا الراحلة والبغل والعبرة للفارس والراجل عند المجاوزة وللمملوك والمرأة والصبي والذمي الرضخ لا السهم والخمس لليتامى والمساكين وابن السبيل وقدّم ذوو القربى الفقراء منهم عليهم ولا حق لأغنيائهم وذكره تعالى للتبرك وسهم النبي ﷺ سقط بموته كالصفى وإن دخل جمع ذو منعة دارهم بلا إذن خمس ما أخذوا وإلا لا وللإمام أن ينفل وينفل بعد الإحراز من الخمس فقط والسلب للكل إن لم ينفل وهو مركبه وثيابه وسلاحه وما معه.

باب استيلاء الكفار

سبى الترك الروم وأخذوا أموالهم ملكوها وملكنا ما نجده من ذلك إن غلبنا عليهم وإن غلبوا على أموالنا وأحرزوها بدارهم ملكوها وإن غلبنا عليهم فمن وجد ملكه قبل القسمة أخذه مجاناً وبعدها بالقيمة وبالثمن لو اشتراه تاجر منهم وإن فقأ عينه وأخذ أرشه فإن تكرر الأسر والشراء أخذه الأول من الثاني بثمنه ثم القديم بالثمنين ولا يملكون حرنا ومدبرنا وأم ولدنا ومكاتبنا ونملك عليهم جميع ذلك وإن ندَّ إليهم جمل فأخذوه ملكوه وإن أبق إليهم قن لا ولو أبق بفرس ومتاع فاشترى رجل كله منهم أخذ العبد مجاناً وغيره بالثمن وإن ابتاع مستأمن عبداً مؤمناً وأدخله دارهم أو أمن عبد ثمة فجاءنا أو ظهرنا عليهم عتق.

باب المستأمن

دخل تاجرنا ثمة حرم تعرضه لشيء منهم فلو أخرج شيئاً ملكه ملكاً محظوراً فيتصدق به فإن أدانه حربي أو أدان حربياً أو غصب أحدهما صاحبه وخرجا إلينا لم

يقض بشيء وكذلك لو كانا حربيين وفعلا ذلك ثم استأمنا وإن خرجا مسلمين قضى بالدين بينهما لا بالغصب. مسلمان مستأمنان قتل أحدهما صاحبه تجب الدية في ماله والكفارة في الخطأ، ولا شيء في الأسيرين سوى الكفارة في الخطأ كقتل مسلم مسلماً أسلم ثمة لا يمكن مستأمن فينا سنة وقيل له: إن أقمت سنة وضع عليك الجزية فإن مكث بعده سنة فهو ذمي فلم يترك أن يرجع إليهم كما لو وضع عليه الخراج أو نكحت ذمياً لا عكسه فإن رجع إليهم وله وديعة عند مسلم أو ذمي أو دين عليهما حل دمه فإن أسر أو ظهر عليهم فقتل سقط دينه وصارت وديعته فيئاً وإن قتل ولم يظهر عليهم أو مات فقرضه ووديعته لورثته وإن جاءنا حربي بأمان وله زوجة ثمة وولد ومال عند مسلم وذمي وحربي فأسلم هنا ثم ظهر عليهم فالكل فيء وإن أسلم ثمة فجاءنا فظهر عليهم فولده الصغير حر مسلم وما أودعه عند مسلم أو ذمي فهو له وغيره فيء ومن قتل مسلماً خطأ لا ولي له أو حربياً جاءنا بأمان فأسلم فديته على عاقلته للإمام وفي العمد القتل أو الدية لا العفو.

باب العشر والخراج والجزية

أرض العرب وما أسلم أهله أو فتح عنوة وقسم بين الغانمين عشرية والسواد وما فتح عنوة وأقر أهلها عليه أو فتح صلحاً خراجية ولو أحيا أرضاً مواتاً يعتبر قربه والبصرة عشرية وخراج جريب صلح للزرع صاع ودرهم وفي جريب الرطبة خمسة دراهم وفي جريب الكرم والنخل المتصل عشرة دراهم وإن لم تطق ما وظف نقص بخلاف الزيادة ولا خراج إن غلب على أرضه الماء أو انقطع أو أصاب الزرع آفة وإن عطلها صاحبها أو أسلم أو اشترى مسلم أرض خراج يجب ولا عشر في خارج أرض الخراج.

فصل في الجزية

الجزية لو وضعت بتراض وصلح لا يعدل عنها وإلا يوضع على الفقير المعتمل في كل سنة اثنا عشر درهماً وعلى وسط الحال ضعفه وعلى المكثر ضعفه وتوضع على كتابي ومجوسي ووثني عجمي لا عربي ومرتد وصبي وامرأة وعبد ومكاتب وزمن وأعمى وفقير غير معتمل وراهب لا يخالط وتسقط بالإسلام والموت والتكرار، ولا تحدث بيعة ولا كنيسة في دارنا ويعاد المنهدم من الكنائس والبيع القديمة ويميز الذمي عنا في الزي والمركب والسرج فلا يركب خيلاً، ولا يعمل بالسلاح ويظهر

الكستيج ويركب سرجاً كالإكف ولا ينتقض عهده بالإباء عن الجزية والزنا بمسلمة وقتل مسلم وسب النبي ﷺ بل بالالتحاق ثمة أو بالغلبة على موضع للحراب وصاروا كالمرتد ويؤخذ من تغلبي وتغلبية ضعف زكاتنا ومولاه كمولى القرشي والجزية والخراج ومال التغلبي وهدية أهل الحرب وما أخذنا منهم بلا قتال يصرف في مصالحنا كسد الثغور وبناء القناطر والجسور وكفاية القضاة والعلماء والمقاتلة وذراريهم ومن مات في نصف السنة حرم عن العطاء.

باب المرتدين

يعرض الإسلام على المرتد وتكشف شبهته ويحبس ثلاثة أيام فإن أسلم وإلا قتل وإسلامه أن يتبرأ عن الأديان سوى الإسلام أو عما انتقل إليه وكره قتله قبله ولم يضمن قاتله ولا تقتل المرتدة بل تحبس حتى تسلم ويزول ملك المرتد عن ماله زوالاً موقوفاً فإن أسلم عاد ملكه وإن مات أو قتل على ردّته ورث كسب إسلامه وارثه المسلم بعد قضاء دين إسلامه وكسب ردته فيء بعد قضاء دين ردته وإن حكم بلحاقه عتق مدبره وأم ولده وحل دينه وتوقف مبايعته وعتقه وهبته فإن أمن نفذ وإن هلك بطل وإن عاد مسلماً بعد الحكم بلحاقه فما وجده في يد وارثه أخذه وإلا لا ولو ولدت أمة له نصرانية لستة أشهر منذ ارتد فادّعاه فهي أم ولده وهو ابنه حر ولا يرثه ولو مسلمة ورثه الابن إن مات على الردة أو لحق بدار الحرب وإن لحق المرتد بماله فظهر عليه فهو فيء فإن رجع وذهب بماله وظهر عليه فلوارثه وإن لحق فقضى بعبده لابنه فكاتبه فجاء مسلماً فالمكاتبة والولاء لمورثه فإن قتل مرتد رجلاً خطأ ولحق أو قتل فالدية في كسب الإسلام ولو ارتد بعد القطع عمداً ومات منه أو لحق وجاء مسلماً فمات منه ضمن القاطع نصف الدية في ماله لورثته وإن لم يلحق وأسلم ومات ضمن الدية ولو ارتد مكاتب ولحق وأخذ بماله وقتل فمكاتبته لمولاه وما بقي لورثته ولو ارتد الزوجان ولحقا بدار الحرب فولدت وولد له ولد فظهر عليهم فالولدان فيء ويجبر الولد على الإسلام لا ولد الولد وارتداد الصبي العاقل صحيح كإسلامه ويجبر عليه ولا يقتل.

باب البغاة

خرج قوم مسلمون عن طاعة الإمام وغلبوا على بلد دعاهم إليه وكشف شبهتهم وبدأ بقتالهم ولو لهم فئة أجهز على جريحهم وأتبع موليهم وإلا لا ولم تسب

ذريتهم وحبس أموالهم حتى يتوبوا وإن احتاج قاتل بسلاحهم وخيلهم وإن قتل باغ مثله فظهر عليهم لم يجب شيء وإن غلبوا على مصر فقتل مصري مثله فظهر على المصر قتل به وإن قتل عادل باغياً أو قتله باغ وقال: أنا على حق ورثه وإن قال: أنا على باطل لا، وكره بيع السلاح من أهل الفتنة وإن لم يدر أنه منهم لا.

كتاب اللقيط

ندب التقاطه ووجب إن خاف الضياع وهو حر ونفقته في بيت المال كإرثه وجنايته ولا يأخذه منه أحد ويثبت نسبه من واحد ومن اثنين وإن وصف أحدهما علامة به فهو أحق به ومن ذمي وهو مسلم إن لم يكن في مكان أهل الذمة ومن عبد وهو حر ولا يرق إلا ببينة وإن وجد معه مال فهو له ولا يصح للملتقط عليه نكاح وبيع وإجارة ويسلمه في حرفة ويقبض هبته.

كتاب اللقطة

لقطة الحل والحرم أمانة إن أخذها ليردها على ربها وأشهد وعرّف إلى أن علم أن ربها لا يطلبها ثم تصدق فإن جاء ربها نفذه أو ضمن الملتقط وصح التقاط البهيمة وهو متبرع في الإنفاق على اللقيط واللقطة وبإذن القاضي يكون ديناً ولو كان لها نفع آجرها وأنفق عليها من أجرتها وإلا باعها ومنعها من ربها حتى يأخذ النفقة ولا يدفعها إلى مدعيها بلا بينة فإن بيَّن علامتها حل له الدفع بلا جبر وينتفع بها لو فقيراً وإلا تصدق على أجنبي وصح على أبويه وزوجته وولده لو فقراء.

كتاب الآبق

أخذه أحب إن قوي عليه ومن رده من مدة سفر وهو مسيرة ثلاثة أيام فله أربعون درهماً ولو قيمته أقل منه وإن رده لأقل منها فبحسابه وأم الولد والمدبر كالقن وإن أبق من الراد لا يضمن ويشهد أنه أخذه ليرده وجعل الرهن على المرتهن وأمر نفقته كاللقطة.

كتاب المفقود

هو غائب لم يدر موضعه وحياته وموته فينصب القاضي من يأخذ حقه ويحفظ ماله ويقوم عليه وينفق منه على قريبه ولاد أو زوجته ولا يفرّق بينه وبينها وحكم

بموته بعد تسعين سنة وتعتد امرأته وورث منه حينئذ لا قبله ولا يرث من أحد مات ولو كان مع المفقود وارث يحجب به لم يعط شيئاً وإن انتقص حقه به يعطى أقل النصيبين ويوقف الباقي كالحمل.

كتاب الشركة

شركة الملك أن يملك اثنان عيناً إرثاً أو شراء وكل أجنبي في قسط صاحبه وشركة العقد أن يقول أحدهما: شاركتك في كذا ويقبل الآخر وهي مفاوضة إن تضمنت وكالة وكفالة وتساويا مالاً وتصرفاً وديناً فلا تصح بين حر وعبد وصبي وبالغ ومسلم وكافر وما يشتريه كل يقع مشتركاً الإطعام أهله وكسوتهم وكل دين لزم أحدهما بتجارة وغصب وكفالة لزم الآخر وتبطل إن وهب لأحدهما أو ورث ما تصح فيه الشركة لا العرض ولا تصح مفاوضة وعنان بغير النقدين والتبر والفلوس النافقة ولو باع كل نصف عرضه بنصف عرض الآخر وعقد الشركة صح وعنان إن تضمنت وكالة فقط وتصح مع التساوي في المال دون الربح وعكسه وببعض المال وبخلاف الجنس وعدم خلط وطولب المشتري بالثمن فقط ورجع على شريكه بحصته منه وتبطل بهلاك المالين أو أحدهما قبل الشراء وإن اشترى أحدهما بماله وهلك مال الآخر فالمشتري بينهما ورجع على شريكه بحصته منه وتفسد إن شرط لأحدهما دراهم مسماة من الربح ولكل من شريكي العنان والمفاوضة أن يبضع ويستأجر ويودع ويضارب ويوكل ويده في المال أمانة وتقبل إن اشترك خياطان أو خياط وصباغ على أن يتقبلا الأعمال ويكون الكسب بينهما وكل عمل يتقبله أحدهما يلزمهما وكسب أحدهما بينهما ووجوه إن اشتركا بلا مال على أن يشتريا بوجوههما ويبيعا وتتضمن الوكالة وإن شرطا مناصفة المشتري أو مثالثته فالربح كذلك وبطل شرط الفضل.

فصل في الشركة الفاسدة

ولا تصح شركة في احتطاب واصطياد واستقاء والكسب للعامل وعليه أجر مثل ما للآخر والربح في الشركة الفاسدة بقدر المال وإن شرط الفضل وتبطل الشركة بموت أحدهما ولو حكما ولم يزك مال الآخر فإن أذن كل وأدّيا معاً ضمنا ولو متعاقباً ضمن الثاني وإن أذن أحد المتفاوضين بشراء أمة ليطأ ففعل فهي له بلا شيء.

كتاب الوقف

هو حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة والملك يزول بالقضاء لا

إلى مالك ولا يتم حتى يقبض ويفرز ويجعل آخره لجهة لا تنقطع وصح وقف العقار ببقره وأكرته ومشاع قضى بجوازه ومنقول فيه تعامل ولايملك الوقف ولا يقسم وإن وقف على أولاده ويبدأ من غلته بعمارته بلا شرط ولو داراً فعمارته على من له السكنى ولو أبى أو عجز عمر الحاكم بأجرتها ويصرف نقضه إلى عمارته إن احتاج وإلا حفظه للاحتياج ولا يقسمه بين مستحقي الوقف وإن جعل الواقف غلة الوقف لنفسه أو جعل الولاية إليه صح وينزع لو خائناً كالوصي وإن شرط أن لا ينزع.

فصل ومن بنى مسجداً لم يزل ملكه عنه إلخ

ومن بنى مسجداً لم يزل ملكه عنه حتى يفرزه عن ملكه بطريقه ويأذن بالصلاة فيه وإذا صلى فيه وأحد زال ملكه ومن جعل مسجداً تحته سرداب أو فوقه بيت وجعل بابه إلى الطريق وعزله أو اتخذ وسط داره مسجداً وأذن للناس بالدخول فله بيعه ويورث عنه ومن بنى سقاية أو خاناً أو رباطاً أو مقبرة لم يزل ملكه عنه حتى يحكم به حاكم وإن جعل شيء من الطريق مسجداً صح كعكسه.

كتاب البيوع

هو مبادلة المال بالمال بالتراضي ويلزم بإيجاب وقبول وبتعاط وأي قام عن المجلس قبل القبول بطل الإيجاب ولا بد من معرفة قدر ووصف ثمن غير مشار لا مشار وصح بثمن حال وبأجل معلوم ومطلقه على النقد الغالب وإن اختلفت النقود فسد إن لم يبين ويباع الطعام كيلاً وجزافاً وبإناء أو حجر بعينه لا يعرف قدره ومن باع صبرة كل صاع بدرهم صح في صاع ولو باع ثلة أو ثوباً كل شاة بدرهم أو كل ذراع بدرهم فسد في الكل ولو سمى الكل صح في الكل ولو نقص كيل أخذ بحصته أو فسخ، وإن زاد فللبائع ولو نقص ذراع أخذ بكل الثمن أو ترك وإن زاد فللمشتري ولا خيار للبائع ولو قال: كل ذراع بكذا ونقص أخذه بحصته أو ترك وإن زاد أخذ كله كل ذراع بكذا أو فسخ وفسد بيع عشرة أذرع من دار لا أسهم وإن اشترى عدلاً على أنه عشرة أثواب فنقص أو زاد فسد ولو بين ثمن كل ثوب ونقص صح بقدره وخير، وإن زاد فسد ومن اشترى ثوباً على أنه عشرة أذرع كل ذراع بدرهم أخذه بعشرة في عشرة ونصف بلا خيار وبتسعة في تسعة ونصف بخيار.

فصل

يدخل البناء والمفاتيح في بيع الدار، والشجر في بيع الأرض بلا ذكر ولا يدخل

الزرع في بيع الأرض بلا تسمية، ولا الثمر في بيع الشجر إلا بالشرط ويقال للبائع: اقطعها وسلم المبيع ومن باع ثمرة بدا صلاحها أولا صح ويقطعها المشتري وإن شرط تركها على النخل فسد ولو استثنى منها أرطالاً معلومة صح كبيع بر في سنبله وباقلى في قشره وأجرة الكيل على البائع وأجرة نقد الثمن ووزنه على المشتري ومن باع سلعة بثمن سلمه أوّلاً وإلا معاً.

باب خيار الشرط

صح للمتبايعين أو لأحدهما ثلاثة أيام أو أقل ولو أكثر لا فإذا أجاز في الثلاث صح خلافاً لزفر ولو باع على أنه إن لم ينقد الثمن إلى ثلاثة أيام فلا بيع صح وإلى أربعة لا فإن نقد في الثلاث صح وخيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه وبقبض المشتري يهلك بالقيمة وخيار المشتري لا يمنع ولا يملكه وبقبضه يهلك بالثمن كتعيبه فلو اشترى زوجته بالخيار بقي النكاح فإن وطئها فله أن يردّها فإن أجاز من له الخيار في غيبة صاحبه صح وإن فسخ لا وتم العقد بموته وبمضي المدة والإعتاق وتوابعه والأخذ بشفعة ولو شرط المشتري الخيار لغيره صح وأيهما أجاز أو نقض صح فإن أجاز أحدهما ونقض الآخر فالأسبق أحق وإن كانا معاً فالفسخ ولو باع عبدين على أنه بالخيار في أحدهما إن فصل وعين صح وإلا لا وصح خيار التعيين فيما دون الأربعة ولو اشتريا على أنهما بالخيار فرضي أحدهما لا يردّه الآخر ولو اشترى عبداً على أنه خباز أو كاتب وكان بخلافه أخذه بكل الثمن أو تركه.

باب خيار الرؤية

شراء ما لم يره جائز وله أن يردّه إذا رآه وإن رضي قبله ولا خيار لمن باع ما لم يره ويبطل بما يبطل به خيار الشرط وكفت رؤية وجه الصبرة والرقيق والدابة وكفلها وظاهر الثوب مطوياً وداخل الدار ونظر وكيله بالقبض كنظره لا نظر رسوله وصح عقد الأعمى ويسقط خياره إذا اشترى بجس المبيع وشمه وذوقه وفي العقار بوصفه ومن رأى أحد الثوبين فاشتراهما ثم رأى الآخر له ردّهما ولا يورث كخيار الشرط ومن اشترى ما رأى خير إن تغير وإلا لا، وإن اختلفا في التغير فالقول قول البائع مع يمينه وللمشتري لو في الرؤية ولو اشترى عدلاً وباع منه ثوباً أو وهب ردّه بعيب لا بخيار رؤية أو شرط.

باب خيار العيب

من وجد بالمبيع عيباً أخذه بكل الثمن أو ردّه وما أوجب نقصان الثمن عند التجار عيب كالإباق والبول في الفراش والسرقة لأنها توجب نقصان القيمة عندهم والجنون والبخر والدفر والزنا وولده في الجارية والكفر وعدم الحيض والاستحاضة والسعال القديم والدين والشعر والماء في العين فلو حدث آخر عند المشتري رجع بنقصانه أو رد برضا بائعه ومن اشترى ثوباً فقطعه فوجد به عيباً رجع بالعيب وإن قبله البائع كذلك له ذلك وإن باعه المشتري لم يرجع بشيء فلو قطعه أو خاطه أو صبغه أو لت السويق بسمن فاطلع على عيب رجع بنقصانه كما لو باعه بعد رؤية العيب أو مات العبد أو أعتقه فإن أعتقه على مال أو قتله أو كان طعاماً فأكله أو بعضه لم يرجع بشيء ولو اشترى بيضاً أو قثاء أو جوزاً ووجده فاسداً ينتفع به رجع بنقصان العيب وإلا بكل الثمن ولو باع المبيع فرد عليه بعيب بقضاء يرده على بائعه ولو برضا لا ولو قبض المشتري المبيع وادَّعى عيباً لم يجبر على دفع الثمن ولكن يبرهن أو يحلف بائعه وإن قال شهودي بالشام: دفع إن حلف بائعه فإن ادَّعى إباقاً لم يحلف بائعه حتى يبرهن المشتري أنه أبق عنده فإن برهن حلف بالله ما أبق عندك قط والقول في قدر المقبوض للقابض ولو اشترى عبدين صفقة فقبض أحدهما ووجد بأحدهما عيباً أخذهما أو ردهما ولو قبضهما ثم وجد بأحدهما عيباً رد المعيب وحده ولو وجد ببعض الكيلي أو الوزني عيباً رده كله أو أخذه ولو استحق بعضه لم يخير في رد ما بقي ولو ثوباً خير واللبس والركوب والمداواة رضاً بالعيب لا الركوب للسقي أو للرد أو لشراء العلف ولو قطع المقبوض بسبب عند البائع رده واسترد الثمن ولو برئ من كل عيب صح وإن لم يسم الكل ولا يرد بعيب.

باب البيع الفاسد

لم يجز بيع الميتة والدم والخنزير والخمر والحر وأم الولد والمدبر والمكاتب فلو هلك عند المشتري لم يضمن والسمك قبل الصيد والطير في الهواء والحمل والنتاج واللبن في الضرع واللؤلؤ في الصدف والصوف على ظهر الغنم لما روينا والجذع في السقف وذراع من ثوب وضربة القانص والمزابنة والملامسة وإلقاء الحجر وثوب من ثوبين والمراعى وإجارتها والنحل ويباع دود القز وبيضه والآبق إلا أن يبيعه ممن يزعم أنه عنده ولبن امرأة وشعر الخنزير وينتفع به للخرز وشعر الإنسان وجلد

الميتة قبل الدبغ وبعده يباع وينتفع به كعظم الميتة وعصبها وصوفها وقرنها ووبرها وعلو سقط وأمة تبين أنه عبد وكذا عكسه وشراء ما باع بالأقل قبل النقد وصح فيما ضم إليه وزيت على أن يزنه بظرفه ويطرح عنه مكان كل ظرف خمسين رطلاً وصح لو شرط أن يطرح بوزن الظرف وإن اختلفا في الزق فالقول للمشتري ولو أمر ذمّياً بشراء خمر أو بيعها صح وأمة على أن يعتق المشتري أو يدبر أو يكاتب أو يستولد أو إلا حملها أو يستخدم البائع شهراً أو داراً على أن يسكن أو يقرض المشتري درهماً أو يهدي له أو يسلمه إلى كذا، أو ثوباً على أن يقطعه البائع ويخيطه قميصاً وصح بيع نعل على أن يحذوه أو يشركه لا البيع إلى النيروز والمهرجان وصوم النصارى وفطر اليهود إن لم يدر المتعاقد إن ذلك وإلى قدوم الحاج والحصاد والقطاف والدياس ولو كفل إلى هذه الأوقات صح ولو أسقط الأجل قبل حلوله صح ومن جمع بين حر وعبد أو بين شاة ذكية وميتة بطل البيع فيهما وإن جمع بين عبد ومدبر أو بين عبده وعبد غيره أو بين ملك ووقف صح في القن وعبده والملك.

فصل

قبض المشتري المبيع في البيع الفاسد بأمر البائع وكل من عوضيه مال ملك المبيع بقيمته ولكل منهما فسخه إلا أن يبيع المشتري أو يهب أو يحرر أو يبني وله أن يمنع المبيع عن البائع حتى يأخذ الثمن منه وطاب للبائع ما ربح لا للمشتري ولو ادَّعى على آخر دراهم فقضاه إياها ثم تصادقا أنه لا شيء له عليه طاب ربحه وكره النجش والسوم على سوم غيره وتلقي الجلب وبيع الحاضر للبادي والبيع عند أذان الجمعة لا بيع من يزيد ولايفرق بين صغير وذي رحم محرم منه بخلاف الكبيرين والزوجين.

باب الإقالة

هي فسخ في حق المتعاقدين بيع في حق ثالث وتصح بمثل الثمن الأول وشرط الأكثر أو الأقل بلا تعيب وجنس آخر لغو ولزمه الثمن الأول وهلاك المبيع يمنع وهلاك بعضه بقدره.

باب التولية

هي بيع بثمن سابق والمرابحة به وبزيادة وشرطهما كون الثمن الأوّل مثلياً وله

أن يضم إلى رأس المال أجر القصار والصبغ والطراز والفتل وحمل الطعام وسوق الغنم ويقول: قام عليّ بكذا ولا يضم أجرة الراعي والتعليم وكراء بيت الحفظ فإن خان في مرابحة أخذه بكل ثمنه أوردَّه وحط في التولية ومن اشترى ثوباً فباعه بربح ثم اشتراه فإن باعه بربح طرح عنه كل ربح قبله، وإن أحاط بثمنه لم يرابح ولو اشترى مأذون مديون ثوباً بعشرة وباع من سيده بخمسة عشر يبيعه مرابحة على عشرة وكذا العكس ولو كان مضارباً يبيع مرابحة رب المال باثني عشر ونصف ويرابح بلا بيان بالتعيب ووطء الثيب وببيان بالتعييب ووطء البكر ولو اشترى بألف نسيئة وباع بربح مائة ولم يبين خير المشتري فإن أتلف فعلم لزم بألف ومائة وكذا التولية ومن ولي رجلاً شيئاً بما قام عليه ولم يعلم المشتري بكم قام عليه فسد البيع ولو علم في المجلس خير.

فصل

صح بيع العقار قبل قبضه لا بيع المنقول ولو اشترى مكيلاً كيلاً حرم بيعه وأكله حتى يكيله ومثله الموزون والمعدود لا المذروع وصح التصرف في الثمن قبل قبضه والزيادة فيه والحط منه والزيادة في المبيع ويتعلق الاستحقاق بكله وتأجيل كل دين غير القرض.

باب الربا

هو فضل مال بلا عوض في معاوضة مال بمال وعلته القدر والجنس فحرم الفضل والنساء بهما والنساء فقط بأحدهما وحلا بعدمهما وصح بيع المكيل كالبر والشعير والتمر والملح والموزون كالنقدين وما ينسب إلى الرطل بجنسه متساوياً لا متفاضلاً وجيده كرديئه ويعتبر التعيين دون التقابض في غير الصرف وصح بيع الحفنة بالحفنتين والتفاحة بالتفاحتين والبيضة بالبيضتين والجوزة بالجوزتين والتمرة بالتمرتين والفلس بالفلسين بأعيانهما واللحم بالحيوان والكرباس بالقطن والرطب بالرطب أو بالتمر متماثلاً والعنب بالزبيب واللحوم المختلفة بعضها ببعض متفاضلاً ولبن البقر والغنم وخل الدقل بخل العنب وشحم البطن بالألية أو باللحم والخبز بالبر أو الدقيق متفاضلا لا بيع البر بالدقيق أو بالسويق والزيتون بالزيت والسمسم بالشيرج حتى يكون الزيت والشيرج أكثر مما في الزيتون والسمسم وستفرض الخبز وزناً لا عدداً ولا ربا بين المولى وعبده وبين الحربي والمسلم ثمة.

باب الحقوق

العلو لا يدخل بشراء بيت بكل حق وبشراء منزل إلا بكل حق هو له أو بمرافقه أو بكل قليل وكثير هو فيه أو منه ودخل بشراء دار كالكنيف لا الظلة إلا بكل حق ولا يدخل الطريق والمسيل والشرب إلا بنحو كل حق بخلاف الإجارة.

فصل

البينة حجة متعدّية لا الإقرار والتناقض يمنع دعوى الملك لا الحرية والنسب والطلاق. مبيعة ولدت فاستحقت ببينة تبعها ولدها وإن أقرّ بها لرجل لا وإن قال عبد لمشتر اشترني فأنا عبد فاشتراه فإذا هو حر فإن كان البائع حاضراً أو غائباً غيبة معروفة فلا شيء على العبد وإلا رجع المشتري على العبد والعبد على البائع بخلاف الرهن ومن ادّعى حقاً في دار فصولح على مائة فاستحق بعضها لا يرجع بشيء ولو ادّعى كلها رجع عليه بقسطه ومن باع ملك غيره فللمالك أن يفسخه ويجيزه إن بقي العاقدان والمعقود عليه وله وبه لو عرضاً، وصح عتق مشتر من غاصب بإجازة بيعه لا بيعه، ولو قطع يده عند المشتري فأجيز فأرشه لمشتريه وتصدّق بما زاد على نصف الثمن ولو باع عبد غيره بغير أمره ولو أقر البائع بذلك عند القاضي بطل البيع إن طلب المشتري ذلك ومن باع دار غيره فأدخلها المشتري في بنائه لم يضمن البائع.

باب السلم

ما أمكن ضبط صفته ومعرفة قدره صح السلم فيه وما لا فلا فيصح في المكيل والموزون المثمن والعددي المتقارب كالجوز والبيض والفلس واللبن والآجر إن سمي ملبن معلوم والذرعي كالثوب إن بيّن الذراع والصفة والصنعة لا في الحيوان وأطرافه والجلود عدداً والحطب حزماً والرطب جرزاً والجوهر والخرز والمنقطع والسمك الطري وصح وزناً لو مالحاً واللحم ومكيال أو ذراع لم يدر قدره وبر قرية وتمر نخلة بعينه وشرطه بيان الجنس والنوع والصفة والقدر والأجل وأقله شهر وقدر رأس المال في المكيل والموزون والمعدود ومكان الإيفاء فيما له حمل ومؤنة من الأشياء وما لا حمل له يوفيه حيث شاء وقبض رأس المال قبل الافتراق فإن أسلم مائتي درهم في كرّ برّ مائة ديناً عليه ومائة نقداً فالسلم في الدين باطل ولا يصح التصرف في رأس المال والمسلم فيه قبل القبض بشركة أو تولية فإن تقايلا السلم لم يشتر من المسلم إليه

برأس المال شيئاً ولو اشترى المسلم إليه كراً وأمر رب السلم بقبضه قضاء لم يصح، وصح لو قرضاً أو أمره بقبضه له ثم لنفسه ففعل ولو أمره ربُّ السلم أن يكيله في ظرفه ففعل وهو غائب لم يكن قضاء بخلاف المبيع ولو أسلم أمة في كر وقبضت الأمة فتقايلا فماتت أو ماتت قبل الإقالة بقي وصح وعليه قيمتها وعكسها شراؤها بألف والقول لمدعي الرداءة والتأجيل لا لنا في الوصف والأجل وصح السلم والاستصناع في نحو خف وطست وقمقم وله الخيار إذا رآه وللصانع بيعه قبل أن يراه ومؤجله سلم.

باب المتفرقات

صح بيع الكلب والفهد والسباع والطيور والذمي كالمسلم في بيع غير الخمر والخنزير ولو قال: بع عبدك من زيد بألف على أني ضامن لك مائة سوى الألف فباع صح بألف وبطل الضمان، وإن زاد من الثمن فالألف على زيد والمائة على الضامن ووطء زوج المشتراة قبض لا عقده ومن اشترى عبداً فغاب فبرهن البائع على بيعه وغيبته معروفة لم يبع بدين البائع وإلا بيع بدينه ولو غاب أحد المشتريين للحاضر دفع كل الثمن وقبضه وحبسه حتى ينقد شريكه ومن باع أمة بألف مثقال ذهب وفضة فهما نصفان وإن قضى زيف عن جيد وتلف فهو قضاء وإن أفرخ طير أو باض أو تكنس ظبي في أرض رجل فهو لمن أخذه. ما يبطل بالشرط الفاسد ولا يصح تعليقه بالشرط البيع والقسمة والإجارة والإجازة والرجعة والصلح عن مال والإبراء عن الدين وعزل الوكيل والاعتكاف والمزارعة والمعاملة والإقرار والوقف والتحكيم وما لا يبطل بالشرط الفاسد القرض والهبة والصدقة والنكاح والطلاق والخلع والعتق والرهن والإيصاء والوصية والشركة والمضاربة والقضاء والإمارة والكفالة والحوالة والوكالة والإقالة والكتابة وإذن العبد في التجارة ودعوة الولد والصلح عن دم العمد والجراحة وعقد الذمة وتعليق الرد بالعيب أو بخيار الرؤية وعزل القاضي.

كتاب الصرف

هو بيع بعض الأثمان ببعض فلو تجانسا شرط التماثل والتقابض، وإن اختلفا جودة وصياغة وإلا شرط التقابض فلو باع الذهب بالفضة مجازفة صح إن تقابضا في المجلس ولا يجوز التصرف في ثمن الصرف قبل قبضه فإن باع ديناراً بدراهم واشترى بها ثوباً فسد بيع الثوب ولو باع أمة مع طوق قيمة كل ألف بألفين ونقد من

الثمن ألفاً فهو ثمن الطوق، وإن اشتراها بألفين ألف نقد وألف نسيئة فالألف ثمن الطوق وإن باع سيفاً حليته خمسون بمائة ونقد خمسين فهو حصتها، وإن لم يبين أو قال من ثمنهما ولو افترقا بلا قبض صح في السيف دونها إن تخلص بلا ضرر وإلا بطلا ولو باع إناء فضة وقبض بعض ثمنه وافترقا صح فيما قبض والإناء مشترك بينهما وإن استحق بعض الإناء أخذ المشتري ما بقي بقسطه أو ردّه ولو باع قطعة نقرة فاستحق بعضها أخذ ما بقي بقسطه بلا خيار وصح بيع درهمين ودينار بدرهم وديناري وكر بر وشعير بضعفهما وأحد عشر درهماً بعشرة دراهم ودينار ودرهم صحيح ودرهمين غلة بدرهمين صحيحين ودرهم غلة ودينار بعشرة عليه أو بعشرة مطلقة ودفع الدينار وتقاصا العشرة بالعشرة وغالب الفضة والذهب فضة، وذهب حتى لا يصح بيع الخالصة بها ولا بيع بعضها ببعض إلا متساوياً وزناً وغالب الغش ليس في حكم الدراهم والدنانير فصح بيعها بجنسها متفاضلاً ولا يتعين بالتعيين لكونه أثماناً ويتعين بالتعيين إن كانت لا تروج والمتساوي كغالب الفضة في التبايع والاستقراض وفي الصرف كغالب الغش ولو اشترى به أو بفلوس نافقة شيئاً وكسد بطل البيع وصح البيع بالفلوس النافقة وإن لم يعين وبالكاسدة لا حتى يعينها ولو كسدت أفلس القرض يجب رد مثلها ولو اشترى شيئاً بنصف درهم فلوس صح ومن أعطى صيرفياً درهماً فقال: أعطني به نصف درهم فلوساً ونصفا إلا حبة صح.



كتاب السرقة

قال رحمه اللّه: (**هي أخذ مكلف خفية** قدر عشرة دراهم مضروبة محرزة بمكان أو حافظ) **ويعتبر أن تكون جيدة** وانتفاء الشبهة ولا يشترط أن تكون ملك رجل واحد بعد أن كانت سرقة واحدة **حتى لو سرق عشرة** لجماعة قطع بها، ولا فرق في ذلك بين أن تكون مشتركة بينهم فيأخذها جملة وبين أن تكون لكل واحد في كيس فيأخذ من كل كيس درهماً قبل أن يخرج من الدار فيخرج بها جملة لأن السرقة تتم بالإخراج من الدار فيعتبر الاتحاد عنده هذا في الشريعة، **وفي اللغة أخذ الشيء من الغير على وجه الخفية** والاستسرار ومنه استراق السمع لأنه يسمع كلام المتكلم على غرة منه، وقد زيدت عليه أوصاف في الشريعة على ما بينا والمعنى اللغوي وهو الاستسرار مراعى فيها ابتداء وانتهاء إذا كانت بالنهار أو ابتداء لا غير إذا كانت بالليل **كما إذا**

كتاب السرقة

لما فرغ عن بيان المزاجر الراجعة إلى صيانة النفوس كلاً وجزءاً واتصالاً بها شرع في بيان المزاجر الراجعة إلى صيانة الأموال وأخرها لكون النفس أصلاً والمال تابعاً، وذلك لأن حد الزنا للزجر عن الزنا الذي هو سبب لضياع نفس الولد فكان فيه صيانة النفس وحد الشرب فيه صيانة العقل الذي هو أشرف الأجزاء في النفس وحد القذف لصيانة ماء الوجه الذي يتصل بالنفس، وإنما قلنا: إن المال تابع لأنه خلق وقاية للنفس قال تعالى: ﴿خلق لكم ما في الأرض جميعاً﴾ [البقرة:٢٩] إتقاني. **قوله في المتن: (هي أخذ مكلف خفية)** قال الإتقاني: وقيد الخفية احتراز عن النهب والغصب والاختلاس اهـ **قوله: (ويعتبر أن تكون جيدة)** أي حتى لو سرق زيوفاً أو نبهرجة أو ستوقة لا يجب القطع ذكره في شرح الطحاوي لأن نقصان الوصف يوجب نقصان المالية كنقصان القدر فأورث شبهة، وعن أبي يوسف يقطع إن كانت تروج لأن بالرواج صارت كالجياد، اهـ كاكي. قال في المجمع وجودتها شرط ويخالفه في الزيوف الرائجة اهـ **قوله: (حتى لو سرق عشرة)** أي من الدراهم اهـ **قوله: (وفي اللغة أخذ الشيء من الغير على وجه الخفية)** قال الكمال: وفي الشريعة هي هذا أيضاً وإنما زيد على مفهومها قيود في إناطة حكم شرعي بها إذ لا شك أن أخذ أقل من نصاب خفية سرقة شرعاً، لكن لم يعلق الشرع به حكم القطع فهي شروط لثبوت ذلك الحكم الشرعي فإذا قيل السرقة الشرعية الأخذ خفية مع كذا وكذا لا يحسن بل السرقة التي علق

نقب الجدار على الاستسرار وأخذ المال من المالك **مكابرة جهراً** لأنه وقت لا يلحقه الغوث فيه فلو لم يكتف بالخفية فيه ابتداء لامتنع القطع في أكثر السراق لا سيما في ديار مصر **بخلاف ما إذا كانت** في النهار لأنه وقت يلحقه الغوث فيه، وهي نوعان سرقة صغرى وكبرى فالصغرى يسارق فيها عين المالك **أو من يقوم مقامه** في الحفظ وشرطها أن تكون خفية على زعم السارق حتى لو دخل دار إنسان فسرق وأخرجه من الدار وصاحب الدار يعلم ذلك والسارق لا يعلم أنه يعلم قطع ولو كان السارق يعلم بأن صاحب الدار يعلم ذلك لا يقطع لأنه جهر، والكبرى يسارق فيها عين الإمام أو من يقوم مقامه في الآفاق لأنه هو المتصدي لحفظ الطرق، وقوله: مضروبة إشارة إلى أنه إذا سرق فضة غير مضروبة وزنها عشرة أو أكثر وقيمتها أقل من عشرة مضروبة لا يقطع بخلاف المهر حيث يصح جعلها مهراً، والفرق بينهما أن الحدود تدرأ بالشبهات فتتعلق بالكامل والمهر يثبت مع الشبهة فيصح كيفما كان، وعلى هذا أواني الفضة والزيوف إذا سرقها ووزنها عشرة وقيمتها أقل أو قيمتها عشرة ووزنها أقل لا يقطع وقيل المضروبة وغير المضروبة فيه سواء والأول أصح وتثبت القيمة بقول رجلين عدلين لهما معرفة بالقيم لأنه من باب الحدود فلا يثبت إلا بما تثبت به السرقة **والمعتبر فيه**

بها الشرع وجوب القطع هي أخذ البالغ العاقل عشرة أو مقدارها خفية عمن هو متصد للحفظ مما لا يتسارع إليه الفساد من المال المتقوم للغير من حرز بلا شبهة، ويعمم الشبهة في التأويل فلا يقطع السارق من السارق ولا أحد الزوجين من الآخر أو ذي الرحم الكاملة والفعل خلاف الأصل لا يصار إليه حتى يتعين ما لا مرد له كالصلاة على ما هو المذهب المختار عند الأصوليين وما قيل: هي في مفهومها اللغوي والزيادات شروط غير فرضي والقطع بأنها للأفعال والقراءة عندنا ولو بغير الفاتحة فكيف يقال: بأنها في الشرع للدعاء والأفعال شرط قبوله والفرض أنه لا يتبادر الدعاء قط، وهذا سيأتي في السارق من السارق خلاف اهـ كمال رحمه الله. **قوله: (كما إذا نقب الجدار على الاستسرار)** أي ثم استيقظ صاحب المال اهـ **قوله: (مكابرة جهراً)** أعني مقاتلة بالسلاح، اهـ إتقاني. **قوله: (مكابرة)** أي مغالبة ومدافعة، اهـ إتقاني. **قوله: (بخلاف ما إذا كانت)** أي في المصر اهـ قال الكمال: وإذا كابره في المصر نهاراً وأخذ ماله لا يقطع استحساناً، وإن كان دخل خفية والقياس كذلك في الليل لكن يقطع إذ غالب السرقات في الليل تصير مغالبة إذ قليلاً ما يخفي الدخول والأخذ بالكلية وعليه فرع إذا كان صاحب الدار يعلم دخوله، واللص لا يعلم كونه فيها أو يعلمه اللص وصاحب الدار لا يعلم دخوله أو كانا لا يعلمان قطع ولو علما لا يقطع اهـ **قوله: (أو من يقوم مقامه)** أي مقام المالك بأن يكون صاحب يد أمانة أو ضمان كالمستعير والمستأجر والمودع والمرتهن والمضارب والغاصب. اهـ إتقاني. **قوله:**

وزن سبعة كما في الزكاة وقد بيناه هناك، **وقال الشافعي** رحمه اللّه تعالى: **نصابه مقدر بربع دينار، وقال مالك بثلاثة دراهم** لما روي «أنه عليه الصلاة والسلام قطع في مجن ثمنه ثلاثة دراهم»[١]. رواه الجماعة. وفي لفظ قيمته ثلاثة دراهم غير أن الشافعي قال: كانت قيمة الدينار على عهد النبي ﷺ اثني عشر درهماً والثلاثة ربعها والربع هو المعتبر، ألا ترى إلى قول عائشة رضي اللّه عنها فيما رواه الجماعة «كان رسول اللّه ﷺ يقطع/ [٦٧ ب/٢] يد السارق في ربع دينار فصاعداً»[٢]. وفيما رواه البخاري أنه عليه الصلاة والسلام

(**والمعتبر فيه وزن سبعة**) يعني المعتبر وزن الدراهم التي يقطع بعشرة منها ما يكون وزن عشرة وزن سبعة مثاقيل اهـ **قوله**: (**وقال الشافعي: نصابه مقدر بربع دينار**) أي مسكوك يقوَّم به السلع وعند أحمد ربع دينار من العين أو ثلاثة دراهم من الورق أو قيمته ثلاثة دراهم اهـ إتقاني. **قوله**: (**وقال مالك: بثلاثة دراهم**) وقال ابن أبي ليلى: لا يقطع في أقل من خمسة دراهم وما روي عن أبي هريرة وأبي سعيد بأربعين ليس بصحيح اهـ إتقاني رحمه اللّه. ثم هذا الاختلاف إنما نشأ باعتبار «أنه لم يقطع على عهد رسول اللّه ﷺ إلا يد سارق المجن»[٣] واختلف في تقديره الرواة فبعد ذلك العلماء أخذوا بالأقل وبعضهم أخذوا بالأكثر والدليل على ذلك ما روى البخاري في الصحيح بإسناده إلى هشام عن أبيه، قال أخبرتني عائشة رضي اللّه عنها «أن يد السارق لم تقطع على عهد رسول اللّه ﷺ في ثمن مجن جحفة أو ترس»[٤] ثم إن مالكاً روى عن نافع عن عبد اللّه بن عمر رضي اللّه عنهما أن رسول اللّه ﷺ «قطع سارقاً في مجن ثمنه ثلاثة دراهم»[٥] والشافعي احتج بما روي عن عمرة عن عائشة رضي اللّه عنها موقوفاً ومرفوعاً أن النبي ﷺ كان «يقطع في ربع دينار فصاعداً»[٦] كذا قاله أبو عيسى في جامعه وأصحابنا احتجوا بما روي في السنن وشرح الآثار مسنداً إلى عطاء عن ابن عباس رضي اللّه عنهما، قال: «قطع رسول اللّه ﷺ رجلاً في مجن قيمته دينار أو عشرة دراهم»[٧] وأصحابنا رجحوا هذا لأن في العشرة يجب القطع بالإجماع وفيما دونها خلاف والأخذ بالمجمع عليه أولى من الأخذ بما فيه خلاف لأن

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) أخرجه ابن ماجه في الحدود (٢٥٨٦)، وأحمد في مسنده (١٤٥٨).

(٤) أخرجه البخاري في الحدود (٦٧٩٤)، ومسلم في الحدود (١٦٨٥).

(٥) أخرجه البخاري في الحدود (٦٧٩٥)، ومسلم في الحدود (١٦٨٦)، والترمذي في الحدود (١٤٤٦)، والنسائي في قطع السارق (٤٩٠٧).

(٦) أخرجه البخاري في الحدود (٦٧٨٩)، ومسلم في الحدود (١٦٨٤)، والترمذي في الحدود (١٤٤٥)، والنسائي في قطع السارق (٤٩١٧)، وابن ماجه في الحدود (٢٥٨٥)، وأحمد في مسنده (٢٤٢٠٤).

(٧) أخرجه النسائي في قطع السارق (٤٩٤٧، ٤٩٥١).

قال: «تقطع يد السارق في ربع دينار» قلنا: قال ابن عباس وابن عمر كانت قيمة المجن الذي قطع فيه على عهد الرسول ﷺ عشرة دراهم وقال عليه الصلاة والسلام: «لا قطع إلا في دينار أو عشرة دراهم»[١]. ولما اختلفوا في قيمة المجن مع اتفاقهم أن النصاب مقدر به مال مالك إلى الأقل للتيقن به ومال أصحابنا إلى الأكثر للتيقن به لأن أحداً لم يقل: إن العشرة لم يقطع بها وما دونه مختلف فيه فلا يجب بالشك إذ الحدود تدرأ بالشبهات يؤيده ما روينا من المرفوع، **وقالت الظاهرية: تقطع يد السارق بمطلق السرقة** وليس له نصاب مقدر لإطلاق الكتاب، قلنا: هو مقيد بالمال فكذا بالنصاب لما روينا وحكينا من الإجماع وما روي أنه عليه الصلاة والسلام قال: «لعن اللّه السارق يسرق البيضة فتقطع يده ويسرق الحبل فتقطع يده»[٢]. المراد به بيض الحديد والحبل النفيس، ألا ترى إلى قول الأعمش - وهو الراوي لهذا الحديث - كانوا يرون أنه بيض الحديد وإن من الحبال ما يساوي عشرة دراهم.

قال رحمه اللّه: (**فيقطع إن أقر مرة**) وقال أبو يوسف لايقطع إلا إذا أقر مرتين في مجلسين مختلفين لأنه حد فيعتبر عدد الإقرار فيه بعدد الشهود أصله الإقرار بالزنا ولهما أن الإقرار مرة مظهر فيكتفى به كما في القصاص وحد القذف والاعتبار بالشهادة

أدنى درجات الخلاف إيراث الشبهة والحدود تدرأ بالشبهات، ولأن في الأقل شبهة عدم الجناية ولا حد بالشبهة يؤيده ما روي في الجامع الترمذي عن ابن مسعود رضي اللّه عنه أنه قال: لا قطع إلا في دينار أو عشرة دراهم اهـ إتقاني. **قوله**: (**وقالت الظاهرية**) أي والحسن البصري الخوارج وثبت عن الشافعي اهـ فتح. **قوله**: (**تقطع يد السارق بمطلق السرقة**) أي حتى إذا سرق فلساً قطع اهـ **قوله في المتن**: (**فيقطع إن أقر مرة**) وهذا عند أبي حنيفة ومحمد ومالك والشافعي وأكثر علماء الأمة اهـ كمال. والأصل في وجوب القطع قوله تعالى: ﴿والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما﴾ [المائدة: ٣٨]، وإنما خص المجنون والصبي لما روي في السنن وغيره مسنداً إلى علي رضي اللّه عنه عن النبي ﷺ قال: «رفع القلم عن ثلاث عن النائم حتى يستيقظ وعن الصبي حتى يحتلم وعن المجنون حتى يعقل»[٣] ولأن القطع عقوبة وهما ليسا من أهل العقوبة قاله الإتقاني، وقال الكمال: ولا بد من اعتبار العقل والبلوغ لأن الجناية لا تتحقق دونهما لأنها بالمخالفة والمخالفة فرع تعلق الخطاب اهـ

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) أخرجه البخاري في الحدود (٦٧٨٣)، ومسلم في الحدود (١٦٨٧)، والنسائي في قطع السارق (٤٨٧٣)، وابن ماجه في الحدود (٢٥٨٣).

(٣) أخرجه الترمذي في الحدود (١٤٢٣)، والنسائي في الطلاق (٣٤٣٢) واللفظ له، وأبو داود في الحدود (٤٤٠٣)، وابن ماجه في الطلاق (٢٠٤١)، وأحمد في مسنده (٩٥٩)، والدارمي في الحدود (٢٢٩٦).

باطل لأن الزيادة فيها تفيد تقليل تهمة الكذب، **ولا تهمة في الإقرار** فلا يفيد شيئاً ولا يقال: يحتمل أن يرجع فيؤكد بالتكرار ليدل على الثبوت، لأنا نقول: باب الرجوع فيه **لا ينسدّ بالتكرار** والرجوع عنه في حق المال لا يصح لأن صاحب الحق يكذبه وفي الزنا ورد على خلاف القياس فاقتصر عليه وذكر بشر رجوع أبي يوسف إلى قولهما.

قال رحمه اللّه: (أو شهد رجلان) لأنه من الحدود فلا يقبل فيه إلا شهادة الرجال **ويجب أن يسألهم الإمام عن ماهية السرقة** وكيفيتها ومكانها، ويسأل الشهود عن زمانها لزيادة الاحتياط لأنه يلتبس على كثير من الناس فإنها تطلق على أشياء على الاستماع خفية وعلى تخفيف الصلاة على ما قال عليه الصلاة والسلام: «أسوأ الناس سرقة من يسرق من صلاته»(١). وكذا يختلف باختلاف الأحوال فإن من يدخل يده

قوله: (ولا تهمة في الإقرار) أي إذ لا يتهم الإنسان في حق نفسه بما يضره ضرراً بالغاً على أن الإقرار الأول إما صادق فالثاني لا يفيد شيئاً إذ لا يزداد صدقاً، وإما كاذب فبالثاني لا يصير صدقاً فظهر أنه لا فائدة في تكراره اهـ فتح. (فروع) من علامة العيون قال: أنا سارق هذا الثوب يعني بالإضافة قطع ولو نوّن القاف لا يقطع لأنه على الاستقبال والأول على الحال وفي عيون المسائل قال: سرقت من فلان مائة درهم بل عشرة دنانير يقطع في العشرة دنانير ويضمن مائة هذا إن ادَّعى المقرّ له المالين وهو قول أبي حنيفة لأنه رجع عن الإقرار بسرقة مائة وأقر بعشرة دنانير فصح رجوعه عن الإقرار بالسرقة الأولى في حق القطع ولم يصح في حق الضمان وصح الإقرار بالسرقة الثانية في حق القطع وبه ينتفي الضمان بخلاف ما لو قال: سرقت مائة بل مائتين فإنه يقطع ولا يضمن شيئاً لو ادَّعى المقرّ له المائتين لأنه أقر بسرقة مائتين ووجب القطع فانتفى الضمان والمائة الأولى لا يدعيها المقرّ له بخلاف الأولى ولو قال: سرقت مائتين بل مائة لم يقطع، ويضمن المائتين لأنه أقر بسرقة مائتين ورجع عنها فوجب الضمان ولم يجب القطع ولم يصح الإقرار بالمائة إذ لا يدعيها المسروق منه ولو أنه صدقه في الرجوع إلى المائة لا ضمان اهـ فتح. قوله: ولو نوّن لا يقطع هذا الفرع ذكره في الفتاوى الكبرى والظهيرية وعللا بأنه إذا لم ينون فكلامه دل على السرقة الماضية كأنه قال: سرقت هذا الثوب، وإذا نون فكلامه دل على السرقة المستقبلة كأنه قال: أسرقه مثاله إذا قال: هذا قاتل زيد معناه أنه قد قتله وإن قال: هذا قاتل زيداً معناه أنه يقتله اهـ **قوله: (لا ينسد بالتكرار)** أي فله أن يرجع بعد التكرار فيقبل بالحدود اهـ فتح. قال الإتقاني: لأن الإقرار وإن تعدد وتكثر يسقط الحد بالرجوع لأنه حق اللّه تعالى اهـ **قوله: (ويجب أن يسألهم الإمام عن ماهية السرقة)** قال الإتقاني: أما السؤال عن الكيفية بأن يقال: كيف سرق فلاحتمال أنه نقب البيت فأدخل يده وأخذ المتاع فذهب حيث لا يقطع على ظاهر الرواية خلافاً لما روي عن

---

(١) أخرجه أحمد في مسنده (١١١٣٨)، والدارمي في الصلاة (١٣٢٨).

من النقب أو من الطاقة، ويأخذ شيئاً أو في دار الحرب أو في بيت أذن له في دخوله أو كان المال في يده أو لم يكن في حرز لا يقطع، وكذا بالتقادم يسقط الحد دون المال إذا كانت بينة، وكذا ينبغي أن يسأل عن المسروق منه هل هو أجنبي أو قريب من السارق أو زوج لأنه يحتمل جميع ذلك فلا بد من إزاحة هذه الشبهة لأنه مبني على الدرء ما استطيع **ويحبسه** إلى أن يسأل للتهمة بخلاف التعزير على ما بينا.

قال رحمه الله: (**ولو جمعا والآخذ بعضهم قطعوا** إن أصاب لكل نصاب) أي لو

أبي يوسف في الأمالي، وكذا إذا ناول صاحباً له على الباب لا يقطع واحد منهما إذ في الأول مختلس لا هاتك للحرز لأن هتك الحرز في البيت لا يكون إلا بعد الدخول بخلاف صندوق الصيرفي وفي الثانية لم يوجد الفعل الموجب للقطع على الكمال من كل واحد بخلاف ما إذا رمى الثوب من البيت إلى الطريق ثم خرج فأخذه حيث يقطع لأن الفعل الموجب للقطع تم به وحده وأما السؤال عن الماهية بأن يقال: ما هي فلاحتمال أن المسروق شيء تافه أو ما يتسارع إليه الفساد أو مال ذي رحم محرم منه أو مال فيه شركة للسارق، أو مال أحد الزوجين أو دراهم المديون أخذها السارق بقدر حقه أو أقل من قدر النصاب، ويحتمل أن الشاهدين نسباه إلى السرقة لاستراق الكلام كما قال تعالى: ﴿إلا من استرق السمع﴾ [الحجر: ١٨] أو لأنه لم يعتدل في الركوع والسجود فلا بد إذاً من السؤال عنها، وأما السؤال عن الزمان بأن يقال: متى سرق فلاحتمال التقادم لأن التقادم في الحدود الخالصة حقاً لله تعالى يبطل الشهادة للتهمة بخلاف الإقرار لعدم التهمة، أما السؤال عن المكان فلاحتمال أنه سرق في دار الحرب أو سرق من مستأمن في دارنا لا قطع فيه استحساناً لأن حرمة ماله مؤقتة لا مؤبدة أو سرق من غير الحرز أو من بيت أذن له بالدخول فيه، أو من حمام نهاراً أو بالليل يقطع لأنه لا يؤذن بالدخول في الليل اهـ قوله: وأما السؤال إلخ قال الكمال رحمه الله: ويسألهما عن المكان لاحتمال أنه سرق من دار الحرب من مسلم وهذا بخلاف ما لو كان ثبوت السرقة بالإقرار حيث لا يسأل القاضي المقر عن الزمان لأن التقادم لا يبطل الإقرار ولا عن المكان لكن يسأله عن باقي الشروط من الحرز وغيره اتفاقاً اهـ **قوله: (ويحبسه)** قال الإتقاني: بالنصب عطفاً على قوله: أن يسألهما يعني ينبغي أن يحبس الإمام السارق لأنه صار متهماً بالسرقة تعزيراً عليه، «وقد حبس رسول الله ﷺ رجلاً بالتهمة»[1] وقد مر ذلك في أول كتاب الحدود وإنما يحبسه إلى أن يسأل عن عدالة الشهود لأن التوثق بالكفالة ليس بمشروع فيما مبناه على الدرء والقطع قبل التعديل لا يجوز لعدم التلافي إذا وقع الغلط فتعين الحبس كيلا يفوت الحق بالهرب اهـ **قوله في المتن: (ولو جمعا والآخذ بعضهم قطعوا)** قال في الهداية: وإذا دخل الحرز جماعة فتولى بعضهم

---

(١) تقدم تخريجه.

سرق جماعة وتولى الأخذ بعضهم قطعوا إذا أصاب كل واحد منهم عشرة دراهم لأن المعتاد بين السراق أن يتولى بعضهم الأخذ ويستعد الباقون للدفع فلو امتنع الحد بمثله لامتنع القطع في أكثر السراق فيؤدي إلى فتح باب الفساد فيجري عليهم الحد جميعاً استحساناً سداً لبابه سواء خرجوا معه من الحرز أو بعده في فوره أو خرج هو بعدهم في فورهم لأن بذلك يحصل التعاون، وفيه خلاف زفر رحمه اللّه هو يقول: إن الإخراج من الحرز يتحقق من الحامل وحده فيقتصر عليه وجوابه ما بيناه **ولو كان فيهم صغير أو مجنون** سقط الحد عن الباقين/ ، وقال أبو يوسف: إن تولى الأخذ الصغير أو [٦٨ أ/٢] المجنون لا يجب عليهم القطع، وإن أخذ الكبار العقلاء وجب لأن الآخذ هو الأصل والردء تبع فسقوط الحد عن الأصل يوجب سقوطه عن التبع بخلاف العكس، **قلنا: الحامل لا يتمكن** من الخروج إلا بقوة الردء فصاروا مباشرين معنى على ما يجيء تمامه في السرقة الكبرى، وشرط أن يصيب كل واحد منهم نصاب إذ لا قطع فيما دون النصاب، وقال مالك: يقطعون بنصاب واحد لأن هذا القدر من المال وجب للقطع فإذا اشتركوا أجري على جميعهم كالقصاص قلنا: القصاص تعلق بسبب لا يتجزأ وهو إزهاق الروح فينسب إلى جميعهم بخلاف السرقة.

قال رحمه اللّه: (ولا يقطع بخشب وحشيش وقصب وسمك وطير **وصيد وزرنيخ ومغرة ونورة**) والأصل فيه أنه لا يقطع فيما يوجد تافهاً مباحاً في دار الإسلام

الأخذ قطعوا جميعاً قال في العناية: وإنما وضع المسألة في دخول جميعهم إذا اشتركوا واتفقوا على فعل السرقة لكن دخل واحد منهم وأخرج المتاع ولم يدخل غيره فالقطع على من دخل البيت وأخرج المتاع إن عرف بعينه وإن لم يعرف فعليهم التعزير ولا يقطع واحد منهم وإن كان غير الداخل يعين الداخل والفرق بينهما أنهم ما لم يدخلوا البيت لم تتأكد معاونتهم بهتك الحرز بالدخول فلم يعتبر اشتراكهم لما أن كمال هتك الحرز إنما يكون بالدخول وقد وجد في مسألة الكتاب فاعتبر اشتراكهم اهـ **قوله: (ولو كان فيهم صغير أو مجنون)** أي أو أخرس أو ذو رحم محرم من صاحب المال اهـ إتقاني. **قوله: (قلنا: الحامل لا يتمكن إلخ)** قال الإتقاني: ولنا أن أحد الشركاء لا يجب عليه فلا يجب على غيره كالمخطئ والعامد إذا اشتركا في القتل العمد اهـ **قوله: (وصيد)** أي سواء كان برياً أو بحرياً اهـ فتح. **قوله: (وزرنيخ ومغرة ونورة)** قال في المصباح المنير: الزرنيخ بالكسر معروف وهو فارسي معرب والمغرة الطين الأحمر بفتحتين والتسكين تخفيف، والنورة بضم النون حجر الكلس ثم غلبت على أخلاط تضاف إلى الكلس من زرنيخ وغيره وتستعمل لإزالة الشعر اهـ وفي المغرب وهمز واو النورة خطأ اهـ كاكي. وقوله: ومغرة ونورة أي لأن هذا كله يوجد مباح الأصل وكذلك الوسمة والحناء وقيل: إن في الوسمة والحناء يقطع في بلادنا لأنه قد جرت

لقول عائشة رضي الله عنها: «كانت الأيدي لا تقطع على عهد رسول الله ﷺ في الشيء التافه»[1] أي الحقير **وما يوجد في دار الإسلام** مباحاً في الأصل بصورته **غير مرغوب فيه** حقير، والطباع **لا تضنّ** به، ولهذا لا يختفي آخذه عادة فلا حاجة إلى شرع الزاجر، ولهذا لا يقطع بسرقة ما دون النصاب ولأن الحرز فيها ناقص، ولهذا يلقى بعضها في الأبواب بل في القوارع كالخشب ونحوه وبعضها ينفلت فيفرّ ويضيع **فتنقص الرغبات فيه**، كما تنقص في القليل ولمثله لا يشرع الزاجر، ولأن الشركة العامة التي كانت في هذه الأشياء قبل الإحراز تورث الشبهة مادامت باقية **على تلك الصفة** والحدود تدرأ بها، **ويدخل في الطير جميع أنواعه** حتى البط والدجاج **وفي السمك الطري والمالح**، وقال الشافعي: يقطع في كل شيء إلا التراب والطين والسرقين وهو رواية عن أبي يوسف لأنه سرق مالاً متقوّماً من حرز لا شبهة فيه فوجب قطعه فيه وكونه يوجد في دار الإسلام مباحاً لا تأثير له كالفيروزج والذهب والفضة، ولنا قوله عليه الصلاة

العادة في إحرازهما، اهـ إتقاني. **قوله**: (**في دار الإسلام**) قيد بدار الإسلام لأن الأموال كلها على الإباحة في دار الحرب اهـ كاكي. **قوله**: (**وما يوجد**) مبتدأ خبره قوله حقير اهـ **قوله**: (**بصورته**) احتراز عن الأبواب والأواني المتخذة من الخشب والحصر البغدادية فإن فيها القطع لتغيرها عن الصورة الأصلية بالصفة المتقدمة اهـ كاكي. **قوله**: (**غير مرغوب فيه**) ليخرج نحو المعادن من الذهب والصفر واليواقيت واللؤلؤ ونحوها من الأحجار لكونها مرغوباً فيها فيقطع في كل ذلك وعلى هذا نظر بعضهم في الزرنيخ فقال: ينبغي أن يقطع به لأنه يحاز ويصان في دكاكين العطارين كسائر الأموال بخلاف الخشب لأنه إنما يدخل الدور للعمارة، فكان إحرازه ناقصاً بخلاف الساج والآبنوس، واختلف في الوسم والحناء والوجه القطع لأنه جرت العادة بإحرازه في الدكاكين اهـ كمال رحمه الله. وقوله: غير بنصب غير على أنه صفة قوله مباحاً اهـ إتقاني. **قوله**: (**وعلى هذا نظر بعضهم**) أي وهو العلامة قوام الدين الإتقاني رحمه الله تعالى اهـ **قوله**: (**لا تضنّ**) قال في المصباح: ضن بالشيء يضن من باب تعب ضناً وضنة بالكسر وضنانة بالفتح بخل فهو ضنين ومن باب ضرب لغة اهـ **قوله**: (**فتنقص الرغبات فيه**) يعني فلا تتوفر الدواعي على استحصاله، وعلى المعالجة في التوصل إليه والطباع لا تضنّ إذا أحرز حتى إنه قلما يوجد أخذه على كره من المالك، ولا ينسب إلى الخيانة بناء على أن الضنة بها تعد من الخساسة وما هو كذلك لا يحتاج إلى شرع الزاجر فيه كما دون النصاب اهـ كمال رحمه الله. **قوله**: (**على تلك الصفة**) احتراز عن الأبواب والأواني المتخذة فإن فيها القطع كما بينا اهـ كاكي. **قوله**: (**ويدخل في الطير جميع أنواعه**) قال في الجامع الصغير: رجل سرق طيراً يساوي عشرة دراهم لا يقطع، قال الفقيه

---

(١) أخرجه البيهقي في سننه الكبرى (٨/ ٢٥٥).

والسلام: «الناس شركاء في ثلاثة الكلأ والماء والنار»[١] أثبت فيه شركة عامة فإذا انتفت الشركة بالإحراز حقيقة تورث شبهة، وهي دارئة للحد كمال بيت المال والمغنم وكذا قوله عليه الصلاة والسلام: «الصيد لمن أخذه يورث شبهة». وإذا ثبت الشبهة في هذه الأشياء وهي توجد مباحة في دار الإسلام فكذا في أمثالها، وأما الذهب والفضة واللؤلؤ والجوهر فقد روى هشام عن محمد أنه إذا سرقها على الصورة التي توجد مباحة لا يقطع وهو المختلط بالحجر والتراب، وفي ظاهر المذهب يقطع لأنها ليست بتافهة جنساً فإن كل من تمكن من أخذه لا يتركه فهذه علامته ولا يقطع في الرخام ولا في القدور من الحجارة ولا في الملح.

قال رحمه الله: (وفاكهة رطبة أو على شجر ولبن ولحم وزرع لم يحصد وأشربة **وطنبور**) والأصل فيه أن سرقة ما يتسارع إليه الفساد والمعازف أو السرقة من غير حرز لا توجب القطع لقوله عليه الصلاة والسلام: «لا قطع في ثمر **ولا كثر**»[٢] رواه أبو داود وغيره والكثر الجمار وهو شيء أبيض لين يخرج من رأس النخل ومن قال: الكثر الحطب أو صغار النخل فقد أخطأ، ذكره المطرزي وذكر الجوهري أن الجمار شحم النخل والمراد بالتمر ما يتسارع الفساد وهوالرطب وسئل عليه الصلاة والسلام عن الثمر المعلق فقال: «من أصاب بفيه من ذي حاجة **غير متخذ خبنة** فلا شيء عليه ومن خرج بشيء منه فعليه غرامة مثله والعقوبة ومن سرق منه شيئاً بعد أن يؤويه الجرين فبلغ ثمن المجن فعليه القطع»[٣] رواه النسائي وأبو داود والجرين/ [٦٨ ب/٢]

قال الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير: اختلف المشايخ فيه قال بعضهم: أراد به الطائر الذي يكون صيداً سوى الدجاج والبط فيجب فيهما القطع لأنه بمعنى الأهلي، وقال بعضهم: لا يجب القطع في جميع الطيور وهذا القول أصح ثم قال: وذكر في المجرد لو سرق من الدجاج أو البط أو الحمام لا يجب القطع اهـ إتقاني. **قوله**: (**وفي السمك الطري والمالح**) قال الكمال: صوابه السمك المليح أو المملوح اهـ. وفي المغرب وماء ملح وسمك مليح ومملوح ولا يقال مالح إلا في لغة رديئة وهو المقدد الذي جعل فيه ملح اهـ. **قوله في المتن**: (**وطنبور**) الطنبور من آلات الملاهي وهو فنعول بضم الفاء فارسي معرب وإنما ضم حملاً على باب عصفور اهـ مصباح. **قوله**: (**ولا كثر**) بفتحتين اهـ مصباح. وقوله: كثر بالمثلثة اهـ **قوله**: (**غير متخذ خبنة**) الخبنة بالضم ما تحمله تحت إبطك اهـ

---

(١) ذكره الزيلعي في نصب الراية (٤/٢٩٤)، وابن حجر في التلخيص الحبير (٣/٦٥).
(٢) أخرجه الترمذي في الحدود (١٤٤٩)، والنسائي في قطع السارق (٤٩٦٠)، وأبو داود في الحدود (٤٣٨٨)، وابن ماجه في الحدود (٢٥٩٣)، وأحمد في مسنده (١٥٣٧٧).
(٣) أخرجه النسائي في قطع السارق (٤٩٥٨)، وأبو داود في اللقطة (١٧١٠).

المربد وهو الموضع الذي يلقى فيه الرطب ليجف والجران الموضع الذي يعصر فيه العنب أو التمر، ولأن الفاكهة على الشجر والزرع الذي لم يحصد لم يوجد فيه الإحراز **والقطع بدونه غير مشروع** ويدخل في اللحم القديد منه لأنه يتوهم فيه الفساد وفي الفواكه الرطبة العنب، وكذا الرطب في المختار لأنه يخاف عليه الفساد من وجه بخلاف الزبيب والتمر **وقال الشافعي: يقطع في الفواكه الرطبة وبما يتسارع إليه الفساد** من الأطعمة والأشربة لما روينا، قلنا: أخرجه على وفاق العادة **لأن ما يؤويه الجرين هو اليابس من الثمار** عادة ونحن نقول به إذا سرقه في غير أيام الغلاء، **وفي القحط لا يقطع في الطعام** للضرورة ذكره في المبسوط وفي المنتقى لم يفصل بين الطعام وغيره، وفي الخل يقطع إجماعاً لأنه لا يتسارع إليه الفساد وهو مال بالإجماع، وكذا في العسل **بخلاف الأشربة المطربة** وغيرها لأن بعضها ليس بمال، **وفي مالية بعضها اختلاف** بين

مصباح. **قوله**: (**المربد**) مثل مقود اهـ مصباح. **قوله**: (**والقطع بدونه غير مشروع**) أي ولا خلاف فيه للأئمة الثلاثة وإن كان في حائط محرز اهـ كي. **قوله**: (**وقال الشافعي: يقطع في الفواكه الرطبة وبما يتسارع إلخ**) روى الحاكم في الكافي عن الحسن البصري قال: قال رسول الله ﷺ: «لا قطع في طعام»[1]. والمراد الطعام الذي لا يبقى ويتسارع إليه الفساد وما في ماليته قصور كاللحم والثمر بدليل وجوب القطع في الحنطة والسكر بالإجماع اهـ إتقاني. **قوله**: (**لأن ما يؤويه الجرين هو اليابس من الثمار**) أي وفيه القطع وهذا لأن ثمار المدينة لا تؤوي إلا يابسة فيكون مما يبقى بعد الإيواء على عادتهم، وكذا عندنا لا يقطع إذا صارت تمراً على رؤوس الأشجار اهـ دراية. **قوله**: (**وفيه القطع**) أي في الرواية المشهورة عن أبي حنيفة وعنه أنه لا قطع فيها أيضاً ذكره القدوري في شرحه لمختصر الكرخي اهـ إتقاني. **قوله**: (**وفي القحط لا يقطع في الطعام**) قال في شرح الطحاوي: ولا قطع على سارق الحنطة في سنبلها لأن هذا مال ظاهر غير محرز فإذا كان محرزاً يقطع إلا إذا كان في عام السنة لا يقطع لأنه سرق متأولاً إلى هنا لفظه، يعني إذا كان في عام القحط لا يقطع سارق الحنطة، وإن كان محرزاً لأنه تأوّل دفع ضرورة المخمصة وقد جاء في حديث عمر «لا قطع في عام سنة ولا في عذق معلق» اهـ إتقاني. **قوله**: (**بخلاف الأشربة المطربة**) يقال أطربه فطرب والطرب أن يستخفك فرح أو حزن، والمراد منها الأشربة المسكرة وبذلك صرح فخر الإسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير، وإنما لم يقطع منها لأن بعضها حرام كالخمر يتأول سارقها إراقتها، وبعضها مختلف في إباحته فيكون ذلك شبهة في سقوط القطع لأن الاختلاف في إباحته يورث شبهة في عدم المالية اهـ إتقاني رحمه الله. **قوله**: (**وفي مالية بعضها اختلاف**) أي المنصف والباذق وماء الذرة والشعير فإن كل مسكر حرام عند الشافعي

---

(١) ذكره الزيلعي في نصب الراية (٣/ ٣٦٢) وقال: غريب.

العلماء فأورث شبهة **وفي المعازف** يتأول لكسرها وهو جائز عند بعضهم لكونه أمراً بالمعروف ونهياً عن المنكر.

قال رحمه الله: (ومصحف ولو محلى) وقال الشافعي رحمه الله: يقطع وهو رواية عن أبي يوسف لأنه مال متقوم محرز **حتى يجوز بيعه** وعن أبي يوسف أنه يقطع إذا بلغت حليته نصاباً لأنها ليست من المصحف فتعتبر بانفرادها، ولنا أنه ليس بمحرز للتمول وآخذه يتأول القراءة فيه، وهذا لأن المقصود في المصحف القرآن لا الحلية والجلد والورق وهو لا يوصف بالمالية ووجوب القطع باعتبارها فصار ذلك شبهة، وهذه الأشياء أتباع ولا معتبر بالتبع كمن سرق آنية فيها خمر أو ثريد أو غيره مما لا يجب فيه القطع وقيمة الأواني تبلغ نصاباً فإنه لا يقطع فيها لما أنها تبع فإذا لم يعتبر الأصل فأولى أن لا يعتبر التبع وهي على الخلاف فلا يصح الإلزام، وعلى هذا الخلاف ما لوسرق ثوباً لا يساوي عشرة وفيه فضة أو ذهب مضروب يزيد على النصاب لأن المقصود هو الثوب فكان هو المنظور إليه بخلاف ما إذا سرق منديلاً قد صر فيه ذلك حيث يقطع إجماعا لأن المنديل يصر فيه عادة فكان ما فيه معتبراً إذ هو المقصود بالأخذ وفرقوا في مسألة الثوب بين أن يكون عالماً بما صرّ فيه وبين أن لا يكون عالماً به **فأوجبوا القطع في العالم به دون غيره** ولم يفرقوا في مسألة الأواني ولوشرب الخمر في الدار أو أراقه ثم أخرج الآنية يقطع إجماعاً.

قال رحمه الله: **(وباب مسجد)** لعدم الإحراز كباب الدار بل أولى لأنه يحرز بباب الدار ما فيها بخلاف باب المسجد.

كالخمر ولا مالية له اهـ معراج الدراية. **قوله: (وفي المعازف)** المعازف آلات يضرب بها الواحد عزف مثل فلس على غير قياس قال الأزهري: وهو نقل عن العرب، وإذا قيل: المعزف بكسر الميم فهو نوع من الطنابير يتخذه أهل اليمن قال: وغير الليث يجعل العود معزفاً اهـ مصباح. قال في شرح الطحاوي: ولا قطع على سارق الملاهي كالدف والطبل والمزمار وغيرها لأنه لا ضمان على كاسرها عند أبي يوسف ومحمد فأوجب قصوراً في ماليتها فصار ذلك شبهة في عدم القطع، وقال في الفتاوى الولوالجي: رجل سرق طبلاً للغزاة وهو يساوي عشرة تكلموا فيه والمختار أنه لا يقطع لأنه كما يصلح للغزو يصلح للهو فتمكنت الشبهة اهـ إتقاني رحمه الله. **قوله: (حتى يجوز بيعه)** أي ولأن ورقه مال وما كتب فيه ازداد به ولم ينتقص اهـ كمال. **قوله: (فأوجبوا القطع في العالم به دون غيره)** وعن أبي يوسف يقطع في الحالين لأن سرقته تمت في نصاب كامل، وقلنا: السارق قصد إخراج ما يعلم به دون ما لا يعلم كذا في المبسوط اهـ دراية. **قوله في المتن: (وباب مسجد)** قال فخر الإسلام في شرح الجامع الصغير: فإن اعتاد هذا الفعل أي سرقة أبواب المسجد فيجب

قال رحمه اللّه: (**وصليب ذهب وشطرنج ونرد**) **لأن من أخذها يتأول الكسر كما في المعازف** بخلاف الدراهم التي عليها التمثال لأنه ما أعد للعبادة بل للتمول، فلا يثبت فيها تأويل الكسر **وعن أبي يوسف** رحمه الله **إذا كان الصليب في مصلاهم** لا يقطع وإن كان في حرز **يقطع لعدم الحرز في الأول** ووجوده في الثاني.

قال رحمه اللّه: (**وصبي حر ولو معه حلي**) لأن الحر ليس بمال وما عليه تبع له فلا يعتبر ولأنه يتأول إسكاته، وقال أبو يوسف: **يقطع** إذا كان عليه حلي يساوي النصاب وقد بينا الوجه من الجانبين في المصحف المحلى والأواني والخلاف في غير المميز وفي المميز **لا يقطع** إجماعاً وإن كان عليه حلي لأنه خداع وليس بسرقة لما أن له يداً على نفسه وعلى ما في يده.

قال رحمه اللّه: (وعبد كبير ودفاتر) بخلاف الصغير ودفتر الحساب لأن سرقة العبد الكبير غصب وخداع والصغير ليس له يد معتبرة/ على نفسه وهو مال فيتحقق فيه السرقة، والمراد بالصغير غير المميز وإن كان مميزاً فهو كالكبير لما بينا في الحرّ واستحسن أبو يوسف في غير المميز أيضاً لأنه لا يقطع لأنه آدمي وإن كان مالاً من وجه وهما اعتبرا جهة المالية فيه لوجود حد المالية فيه، ولو كانت قيمته أقل من النصاب وفي إذنه شيء مثله **يقطع** باعتبار الضم والدفاتر المقصود ما فيها، وهو ليس [٢/٤٦٩]

أن يعزر ويبالغ فيه ويحبس حتى يتوب اهـ إتقاني. **قوله في المتن**: (**وصليب ذهب**) والصليب شيء مثلث تعبده النصارى اهـ إتقاني. **قوله**: (**وشطرنج**) بكسر الشين اهـ كاكي. على وزن قرطعب اهـ إتقاني. قال ابن الجواليقي في كتاب ما تلحن فيه العامة: ومما يكسر والعامة تفتحه أو تضمه وهو الشطرنج بكسر الشين. قالوا: وإنما كسر ليكون نظير الأوزان العربية مثل جردحل إذ ليس في الأوزان العربية فعلل بالفتح حتى يحمل عليه اهـ مصباح. **قوله**: (**ونرد**) أي وإن كان من ذهب اهـ كاكي. **قوله**: (**لأن من أخذها يتأول الكسر كما في المعازف**) ويضمن مثل ذهبه وزناً اهـ إتقاني. **قوله**: (**وعن أبي يوسف إذا كان الصليب في مصلاهم**) أي موضع صلاتهم اهـ **قوله**: (**يقطع لعدم الحرز في الأول**) أي لأنه بيت مأذون في دخوله اهـ إتقاني. **قوله في المتن**: (**وصبي حر**) قيد به احترازاً عن سرقة العبد الصغير كما يجيء اهـ كاكي. **قوله في المتن**: (**وصبي حر ولو معه حلي**) يعني لا قطع قال الإتقاني: وهو ظاهر الرواية عن أصحابنا ولهذا لم يذكر الخلاف الحاكم الشهيد في الكافي، وكذا لم يذكر شمس الأئمة البيهقي الخلاف في الشامل في قسم المبسوط وصرح صاحب المختلف بأنه ظاهر الرواية أيضاً، وروي عن أبي يوسف يقطع فعلى هذا كان ينبغي أن يقول صاحب الهداية وعن أبي يوسف يقطع إذا كان عليه حلي هو نصاب مكان قوله، وقال أبو يوسف اهـ يعني وإلا أوهم أنه مذهبه المعوَّل عليه وليس كذلك اهـ. فتح والزيلعي

بمال **ولا يقصد في دفاتر الحساب** ما فيها إذ لا نفع فيه لغير صاحبه فكان المقصود هو الكاغد وفي دفاتر الأدب روايتان في رواية ملحقة بالحساب لأنه غير محتاج إليه إذ ليس فيه أحكام وفي رواية ملحقة بالأحاديث والتفسير والفقه فلا يقطع فيها إذ الحاجة إليها لمعرفة التفسير والأحكام ثابتة لأن معرفتها تتوقف عليها، ولأن نفعها متعدّ وهي معدة لوقت الحاجة ولا يقصد بها التمول فصارت كغيرها من الدفاتر.

قال رحمه اللّه: (وكلب وفهد) لأن جنسهما يوجد مباح الأصل غير مرغوب فيه ولأن اختلاف العلماء في مالية الكلب يورث شبهة ولو كان على الكلب طوق ذهب أو فضة لا يقطع علم به أو لم يعلم لأنه تبع له كالصبي الحر إذا كان عليه حلي.

قال رحمه اللّه: (**ودف** وطبل **وبربط** ومزمار) لأن هذه الاشياء لا قيمة لها عندهما، ولهذا لا يضمن متلفها ويجب كسرها عند أبي حنيفة رحمه الله وإن كان يجب الضمان على المتلف باعتبار صلاحيتها لغير اللهو لكن باعتبار مقصوده وهو اللهو أورث شبهة لأن الآخذ يتأول النهي عن المنكر فيكفي ذلك لدرء الحد هذا إذا كان للهو وإن كان الدف أو الطبل للغزاة اختلف المشايخ فيه **قيل يقطع فيه** لأنه مباح لإرهاب العدو به **وقيل: لا يقطع** لأنه يصلح لغيره من اللهو فأورث شبهة.

قال رحمه اللّه: (**وبخيانة** ونهب واختلاس) لما روي عن جابر رضي الله عنه أنه عليه الصلاة والسلام قال: «ليس على خائن ولا منتهب ولا مختلس قطع»[1] رواه أحمد وأبو داود وغيرهما وصححه الترمذي ولأن الحرز والإخفاء شرط القطع وعد ما في الأول ولم يوجد الثاني في الأخيرين فانتفى ركن السرقة وشرطها فلم يقطع، وما

رحمه الله تبع صاحب الهداية في التعبير بلفظ قال اهـ **قوله**: (**ولا يقصد في دفاتر الحساب**) أي وهي دفاتر أهل الديوان اهـ إتقاني. وفي الفوائد البدرية المراد بدفاتر الحساب دفاتر أهل العمل والحساب الذي أمضى حسابه فكان فيها ما لا يقصد بالأخذ إذ ليس فيه أحكام الشرع فكان المقصود الكواغد فيقطع إذا بلغت نصاباً ذكره في المحيط اهـ. دراية قوله: الذي أمضى، أما إذا لم يمض حسابه يكون غرضه الكاغد لا ما فيه فيقطع اهـ **قوله في المتن**: (**ودف**) بضم الدال وفتحها اهـ **قوله**: (**وبربط**) البربط وزان جعفر من ملاهي العجم ولهذا قيل: معرب قال ابن السكيت وجماعة: والعرب تسميه المزهر والعود اهـ مصباح. **قوله**: (**قيل: يقطع فيه**) أي لأنه مال متقوم اهـ كاكي. **قوله**: (**وقيل: لا يقطع**) أي وهو الأصح اهـ إتقاني. واختاره الصدر الشهيد اهـ كاكي. وأيضاً وهو المختار كذا في الفتاوى الولوالجية اهـ **قوله في المتن**: (**وبخيانة إلخ**) قال الإمام الكردري: الخائن ما يخون فيما في يده من الأمانة كالمودع والخائنة للمؤنث والانتهاب أن يأخذ على وجه العلانية قهراً من بلدة أو قرية،

---

(١) أخرجه الترمذي في الحدود (١٤٤٨)، والنسائي في قطع السارق (٤٩٧١).

روي أنه عليه الصلاة والسلام: «قطع مخزومية كانت تستعير المتاع وتجحده»[(١)] محمول على أنه منسوخ بما روينا أو على أنه سياسة لتكرر الفعل منها.

قال رحمه الله: (وبنبش) أي لا قطع بسبب نبش وهو قول ابن عباس رضي الله عنهما وقال الشافعي: يقطع به وهو قول أبي يوسف: لقوله عليه الصلاة والسلام: «من نبش قطعناه»[(٢)]. ولأنه سرق مالاً متقوماً يبلغ نصاباً من حرز مثله فوجب القطع به اعتباراً بسائر أنواع الحرز، ولنا قوله عليه الصلاة والسلام: «لا قطع على المختفي»[(٣)]. وهو النباش بلغة أهل المدينة، ولأنه تمكن الخلل في السرقة والملك والمالية والحرز والمقصود وكل واحد منها يمنع القطع، أما الأول فلأن السرقة أخذ مال الغير على وجه يسارق عين حافظ قصد حفظه لكنه انقطع حفظه بعارض كنوم وغفلة والنباش لا يسارق عين من يقصد حفظه، وإنما يسارق عين من لعله يهجم عليه فلا يكون في معناه، ولهذا اختص باسم آخر ولا يسمى سارقاً فلا تتناوله آية السرقة، وأما الثاني **فلأنه لا يملكه الميت حقيقة لعجزه** لأن الملك عبارة عن الاقتدار والاستيلاء والتمكن من التصرف والموت ينافيه، وأما الثالث فلأن المال عبارة عما تميل إليه النفوس وتضن به وهو مخلوق لمصالح الآدمي والطباع السليمة تنفر عنه فضلاً عما تضن به، وأما الرابع فلأنه ليس بمحرز بالميت لأنه لا يحرز نفسه فكيف يحرز غيره ولا بالقبر لأنه حفرة/ في الصحراء فلا يكون حرزاً، ولهذا لو دفن فيه مال آخر غير الكفن لايقطع [٦٩ب/٢] سارقه، وأما الخامس فلأن المقصود من شرع الحدود تقليل الفساد فيما يكثر وجوده وهذه الجناية نادرة فلا تحتاج إلى الزاجر وما رواه غير مرفوع بل هو من كلام زياد، و ذكر في آخره من قتل عبده قتلناه **ومن جدع أنفه** جدعناه ولا يكاد يثبت هذا أبداً ولئن ثبت فهو محمول على السياسة فيمن اعتاد ذلك، ونحن نقول بذلك إذا رأى الإمام فيه مصلحة، والذي يدل على ذلك أن نباشاً أتى به مروان فسأل الصحابة عن ذلك، فلم يبينوا له فيه شيئاً فعزره أسواطاً ولم يقطعه، ولوكانت الآية تتناوله أو كان فيه حديث مرفوع لبينوا له ولا احتاج هو إلى مشاورتهم ولا كانوا يتفقون على خلاف

والاختلاس أن يأخذ من البيت سرعة جهراً لا قطع فيه بإجماع العلماء وفقهاء الأمصار لعدم صدق السرقة عليها اهـ دراية. **قوله: (فلأنه لا يملكه الميت حقيقة لعجزه)** أي ولا الوارث لأنه لو نبش القبر وأخذ الكفن يقطع عند الشافعي فلو كان مالكاً له لم يقطع لأن الإنسان لا

---

(١) أخرجه مسلم في الحدود (١٦٨٨)، والنسائي في قطع السارق (٤٨٨٧)، وأبو داود في الحدود (٤٣٧٣)، وأحمد في مسنده (٦٣٤٧).

(٢) ذكره ابن حجر في التلخيص الحبير (٤ / ٦٥)، والزيلعي في نصب الراية (٣ / ٣٦٦).

(٣) ذكره الزيلعي في نصب الراية (٣ /٣٦٧) وقال: غريب.

ذلك وما روي فيه من اختلاف الصحابة رضي الله عنهم ارتفع **بإجماع من كان في عصره** منهم وقوله: من حرز مثله، قلنا: حرز المثل لا يختلف في جنس واحد وإنما يختلف باختلاف الأجناس، كما إذا سرق دابة من اصطبل يقطع ولو سرق منه لؤلؤاً لا يقطع، وكذا لو سرق شاة من حظيرة يقطع ولو سرق منها ثوباً لا يقطع لأن كلا منهما حرز في حق الدابة والشاة دون اللؤلؤ والثوب لاختلاف الجنس، وفيما نحن فيه لو سرق منه ثوباً آخر غير الكفن لا يقطع فيه ولو كان حرزاً للكفن لقطع فيه لاتحاد الجنس لأن معنى الصيانة بالحرز لا تختلف في جنس واحد، ولا يقال: لو لم يكن حرزاً لكان تضييعاً وبه يجب الضمان على الأب والوصي في مال الصغير ولم يقل أحد بوجوب الضمان عليهما إذا كفنا الصغير من ماله فكان حرزاً ضرورة لأنا نقول: لو كان حرزاً لما ضمنا ثوباً آخر له غير الكفن بدفنه فيه وإنما لا يضمنان بالتكفين لأنه صرف إلى حاجة الميت وبه لا يكون تضييعاً، كإلقاء البذر في الأرض وذبح الشاة للأكل **وتناول الطعام لحاجته** وإن كان القبر في بيت مغلق لا يقطع في الأصح لما بينا من الخلل وكذا لو سرق من ذلك البيت مالاً آخر غير الكفن لأنه يتأول بالدخول فيه زيارة القبر، وكذا إذا سرق الكفن من تابوت في القافلة وعلى هذا ينبغي أن لا يقطع السارق من بيت فيه الميت لأنه يتأول بالدخول فيه تجهيزه وهو أظهر من الكل لوجود الإذن بالدخول فيه عادة.

قال رحمه الله: (ومال عامة أو مشترك) أي لا يقطع في مال بيت المال أو في مال للسارق فيه شركة لأن له فيه شركة حقيقية أو شبهة شركة فإنّ مال بيت المال مال للمسلمين وهو منهم وإذا احتاج ثبت له الحق فيه بقدر حاجته فأورث ذلك شبهة والحدود تدرأ بها.

قال رحمه الله: (ومثل دينه) أي لا يجب عليه القطع إذا سرق من مدينه قدر دينه من جنسه والدين حال لأنه استيفاء لدينه وله ذلك من غير رضا من عليه إذا ظفر به، وإن كان الدين مؤجلاً يقطع قياساً لأنه لايباح له أخذه فصار كأخذه من غيره، ولا يقطع استحساناً لأن دينه ثابت في ذمته، والتأجيل لتأخير المطالبة، وكذا إذا سرق زيادة على حقه لأنه بمقدار حقه يصير شريكاً فيه فيصير شبهة وإن سرق من خلاف جنس حقه **فإن كان نقداً لا يقطع** في الصحيح لأن النقدين جنس واحد حكماً، ولهذا كان للقاضي أن يقضي به دينه من غير رضا المطلوب ويضم أحدهما إلى الآخر في

يقطع في ملك نفسه اهـ إتقاني. **قوله**: (**ومن جدع أنفه**) بالدال المهملة اهـ **قوله**: (**بإجماع من كان في عصره**) أي في عصر مروان من الصحابة اهـ **قوله**: (**وتناول الطعام لحاجته**) أي لحاجة الصغير اهـ **قوله**: (**فإن كان نقداً لا يقطع**) قال في الهداية: ولو كان حقه دراهم فسرق دنانير

الزكاة، وإن كان عرضاً يقطع لأنه ليس باستيفاء **وإنما هو استبدال فلا يتم إلا بالتراضي** وعن أبي يوسف أنه لا يقطع لاختلاف العلماء فيه فإن عند ابن أبي ليلى له أن يأخذه بدينه لوجود المجانسة من حيث المالية/ ومن العلماء من يقول: له أن يأخذه رهناً [٧٠/أ/٢] بحقه فأورث شبهة، قلنا: هذا قول لا يستند إلى دليل ظاهر فلا يعتبر بدون اتصال الدعوى به **حتى لو ادعاه** درئ الحد عنه لوجود الظن في موضع الاجتهاد.

قال رحمه الله: (وبشيء قطع فيه ولم يتغير) أي لا يقطع بسرقة شيء كان قد سرقه من قبل وقطع فيه إذا لم يتغير عن حالته الأولى وإن تغير بأن كان غزلاً فسرقه فقطع فيه ثم رده إلى صاحبه فنسجه أو نحو ذلك، ثم سرقه قطع فيه ثانياً والقياس أن يقطع وإن لم يتغير عن حاله وهو قول الشافعي ورواية عن أبي يوسف لقوله عليه الصلاة والسلام: «فإن عاد فاقطعوه من غير فصل»(١) ولأنه سرق مالاً معصوماً كامل النصاب من حرز لا شبهة فيه فيقطع كالأولى بل أولى لتقدم الزاجر ولا إشكال في عصمته، ألا ترى أنه يضمنه بالغصب وبالإتلاف فصار كما إذا تغير عن حاله أو باعه من السارق ثم اشتراه منه ثم كانت السرقة، ولنا أن القطع يستلزم سقوط عصمة المحل حقاً للعبد على ما نبين من قريب إن شاء الله تعالى، وبالرد إلى المالك إن بقيت حقيقة العصمة بقيت فيه شبهة السقوط نظراً إلى اتحاد المالك والملك والعين وبقاء السبب الموجب لسقوط عصمة ذلك المال وهو القطع في ذلك المال فأورث

قيل: يقطع لأنه ليس له حق الأخذ وقيل: لا يقطع لأن النقود جنس واحد اهـ **قوله: (وإنما هو استبدال فلا يتم إلا بالتراضي)** أي ولهذا إذا سلم إليه المديون العروض له أن يمتنع من ذلك بخلاف تسليم الدراهم حيث يجبر فظهر الفرق بين جنس الحق وغيره، وقال في كتاب السرقة فإن قال: إنما أردت أن آخذ العروض هنا بحقي أو قضاء بحقي درئ عنه القطع، وذلك لأن فيه اختلافاً فعند ابن أبي ليلى له أن يأخذ خلاف جنس حقه لوجود المجانسة من حيث المالية وبه أخذ الشافعي، واختلاف العلماء أورث شبهة في درء الحد وهذا ظاهر الرواية عن أصحابنا، وروي عن أبي يوسف أنه لا يقطع في العروض وإن لم يدع الأخذ لحقه لكون اختلاف العلماء شبهة اهـ إتقاني رحمه الله. وكذا يقطع إذا سرق حلياً من فضة وحقه دراهم لأنه لا يصير قصاصاً لحقه بل يصير بيعاً مبتدأ ولو سرق المكاتب أو العبد من غريم المولى قطع إلا أن يكون المولى وكلهما بالقبض فحينئذ لا يجب القطع لأن حق الأخذ لهما، ولو سرق من غريم أبيه أو غريم ولده الكبير أو غريم مكاتبه أو غريم عبده المأذون المديون قطع لأن حق الأخذ لغيره ولو سرق من غريم ابنه الصغير لا يقطع، والمسائل مذكورة في شرح القدوري والفتاوى الولوالجية وغيرهما اهـ إتقاني. **قوله: (حتى**

---

(١) تقدم تخريجه.

شبهة، ولأن هذه الجناية وجودها نادر فتعرى الإقامة عن المقصود وهو تقليل الجناية لأن تحصيل الحاصل محال فصار نظير قذف المحدود في القذف **المقذوف الأول** لأن المقصود هو إظهار كذب القاذف ودفع العار عن المقذوف قد حصل بالأول فلا حاجة إلى الثاني **بخلاف ما إذا تغيرت عن حالها** لأنها صارت كعين أخرى حتى تبدل اسمها ويملكها الغاصب به، وبخلاف ما إذا باعها من السارق ثم اشتراها منه **ثم سرقها الأول** لأن تبدل الملك يوجب تبدل العين حكماً فصارت كأنها تبدلت حقيقة أصله حديث بريرة أنه عليه الصلاة والسلام: «قال هو لها صدقة ولنا هدية»[1] فإن قيل: حد الزنا يتكرر بتكرر الفعل في محل واحد فوجب أن يكون **حد القذف** كذلك، قلنا حد الزنا يجب باعتبار المستوفى من منافع البضع والمستوفى في الزنا الثاني غير المستوفى في الأول لأنه عرض لا يبقى فصار كشرب الخمر فإن المشروب في الثاني غير المشروب في الأول، أما حد السرقة فباعتبار العين هي لا تختلف حتى لو اختلفت بأن تغيرت وجب عليه القطع ثانياً على ما بينا، ولأن حد الزنا لا تسقط به عصمة المحل وبحد السرقة تسقط فلا تعود إلا بالتغير عن تلك الهيئة، ولأن هذا الحد لا

لو ادعاه) أي الأخذ بحقه أو الرهن اهـ **قوله: (المقذوف الأول)** وفي المرعزية هذا إذا قذفه بعين ذلك الزنا، أما لو نسبه إلى غير ذلك الزنا يحد ثانياً وقد مر في حد القذف اهـ دراية. **قوله: (بخلاف ما إذا تغيرت عن حالها)** أي كما لو كان قطناً فصار غزلاً أو كان غزلاً فصار ثوباً يقطع بالإجماع لأن العين بتبدّلها عن حالها صارت في حكم عين أخرى فلو سرق عيناً وقطع فيها ثم سرق عيناً أخرى يقطع ثانياً فكذا هنا، ولهذا ينقطع حق المالك عن المغصوب بفعل الغاصب هكذا قال. **قوله: (ثم سرقها الأول)** أي السارق الأول اهـ **قوله: (لأن المشتري الأول)** وهو السارق اهـ **قوله: (حد القذف)** كذا بخط الشارح وصوابه حد السرقة وقوله أمّا حد السرقة إلخ يؤيده ما قلناه اهـ قال في الدراية: فإن قيل: حد السرقة خالص حق الله تعالى كحد الزنا وحد الزنا يتكرر بتكرر الفعل في محل واحد حتى لو زنى بامرأة فحد ثم زنى ثانياً بتلك المرأة يحدّ فينبغي أن يكون حد السرقة، كذلك بخلاف حد القذف فإن فيه حق العبد وقد حصل المقصود وهو إظهار كذب القاذف ودفع العار عن المقذوف بالمرة الأولى فلا يحتاج إليه ثانياً، قلنا: في حد الزنا يجب باعتبار أن حرمة المحل لا تسقط في حقه باستيفاء الحد منه في المرة الأولى بخلاف المالية والتقوم الذي هو حق المالك في العين فإنه سقط اعتباره باستيفاء القطع من السارق، ولأن هذا حق لا يستوفى إلا بخصومة المالك أو نائبه، ولا يتكرران بخصومة في محل واحد كحد القذف بخلاف حد الزنا فإنه لا يعتبر فيه الخصومة، كذا في المبسوط اهـ **قوله في**

---

(١) أخرجه البخاري في الزكاة (١٤٩٣)، ومسلم في العتق (١٥٠٤).

يستوفى إلا بخصومة فلا يتكرر بتكرر الخصومة من رجل واحد في محل واحد كحد القذف بخلاف حد الزنا فإنه لا تعتبر فيه الخصومة.

قال رحمه الله: (ويقطع بسرقة الساج والقنا والآبنوس والصندل والفصوص الخضر والياقوت والزبرجد واللؤلؤ) لأن هذه الأشياء من أعز الأموال وأنفسها وهي محرزة ولا توجد مباحة الأصل بصورتها في دار الإسلام غير مرغوب فيها فصارت كالذهب والفضة وذكر في شرح المختار أن لا قطع في العاج ما لم يعمل فإذا عمل منه شيء قطع فيه ولا قطع في الزجاج لأن المكسور منه تافه والمصنوع منه يتسارع إليه الفساد وقيل: في المصنوع يقطع لأنه مال نفيس لا يتسارع إليه الفساد إلا بالتقصير في الاحتراز غالباً ويقطع في العود والمسك والأدهان والورس[1] والزعفران والعنبر لما ذكرنا في الفصوص.

[٧٠ ب/٢] قال رحمه الله/: (والأواني **والأبواب المتخذة من الخشب**) لأن الصنعة فيها غلبت على الأصل والتحقت بالصنعة بالأموال النفيسة حتى تضاعفت قيمتها وخرجت من أن تكون تافهة ولهذا تحرز بخلاف المتخذ من الحشيش والقصب لأن الصنعة لم تغلب فيه حتى لا تتضاعف قيمته ولا يحرز حتى لو غلبت فيه الصنعة كالحصر البغدادية والجرجانية والعبدانية والأواني التي تتخذ للبن والماء من الحشيش في السودان يقطع فيها لما ذكرنا، وإنما يقطع في الأبواب إذا كانت في الحرز وكانت خفيفة لا يثقل حملها على الواحد لأنه لا يرغب في سرقة الثقيل من الأبواب وإن كانت مركبة على الباب لا يقطع فيها لأنها لا تكون محرزة بل هي حرز لغيرها، لأن الحرز ما يمنع وصول اليد إلى المال ويصير المال به محصناً وهي بهذه المثابة فلا تكون محرزة بالتركيب والله أعلم.

(فصل في الحرز) قال رحمه الله: (ومن سرق من ذي رحم محرم منه لا برضاع ومن زوجته وزوجها وسيده وزوجته وزوج سيدته ومكاتبه وختنه وصهره ومن مغنم

المتن: (والأبواب المتخذة من الخشب) يعني ولا يقطع في الخشب إلا في خمسة الساج والسيج والعود والخلنج والصندل والآبنوس، وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه يقطع في الصنوبر كذا بخط الشارح.

(فصل في الحرز) لما فرغ من ذكر المسروق الذي يجب فيه القطع أو لا يجب فيه، والمسروق هو المال شرع في بيان الحرز لأن الحرز شرط وجوب القطع إلا أنه أخر ذكره لأن الحرز أمر خارج عن المال والحرز في اللغة الموضع الحريز وهو الموضع الذي يحرز فيه

---

(١) نبتٌ أصفر يزرع باليمن ويصبغ به. انظر المصباح المنير: مادة /ورس/ (٦٥٥).

وحمام وبيت أذن في دخوله لم يقطع) لوجود الشبهة في كل واحد منها، أما الأول وهو ما إذا سرق من ذي رحم محرم منه فللبسوطة في دخول الحرز عادة ولهذا يدخل عليهم من غير استئذان وأباح الشرع النظر إلى مواضع الزينة الظاهرة وجرت البسوطة في الانتفاع بمال الأصول والفروع وتجب نفقته فيه إذا كان فقيراً فكانت الشبهة فيه ظاهرة، وهي كافية لدرء الحد بخلاف الصديق لأنه بالأخذ من ماله على وجه السرقة عاداه فلم يبق صديقاً له، **وفي غير الولاد من الأقارب خلاف الشافعي** لأنه يلحقها بالأجانب، وقد بيناه في النفقة والعتاق ولوسرق من بيت ذي الرحم المحرم مال غيره لا يقطع لعدم الحرز **وبالعكس يقطع** لوجوده، وينبغي أن لا يقطع في الولاد لما ذكرنا

الشيء أي يحفظ، وفي الشرع ما يحفظ فيه المال عادة كالدار والحانوت والخيمة أو الشخص بنفسه، والمراد من الحرز ما لا يعد صاحبه مضيعاً اهـ إتقاني. **قوله**: (**وحمام**) أي نهاراً اهـ مجمع. **قوله**: (**وبيت إلخ**) بعد قوله وحمام تعميم بعد تخصيص اهـ **قوله**: (**وفي غير الولاد من الأقارب**) كالأخ والأخت والعم والخال فعندنا لا يجب القطع وعند الشافعي يجب القطع، وله ظاهر قوله تعالى: ﴿والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما﴾ [المائدة: ٣٢]، ولأن ملك أحدهما مباين لملك الآخر فيجب القطع لوجود سرقة من حرز كامل، ولنا أن القطع لا يجب إلا بأخذ المال وهتك الحرز ولم يوجد هتك الحرز لوجود الإذن بالدخول فلا يبقى المال محرزاً في حق السارق، ألا ترى إلى قوله تعالى: ﴿ليس على الأعمى حرج ولا على الأعرج حرج ولا على المريض حرج ولا على أنفسكم أن تأكلوا من بيوتكم أو بيوت آبائكم أو بيوت أمهاتكم أو بيوت إخوانكم أو بيوت أخواتكم أو بيوت أعمامكم أو بيوت عماتكم أو بيوت أخوالكم أو بيوت خالاتكم أو ما ملكتم مفاتحه أو صديقكم﴾ [النور: ٦١]، فإن قلت: الآية تدل على إباحة الأكل لا إباحة الدخول قلت: الأكل في البيت لا يكون إلا بالدخول فيه فدل إباحة الأكل في البيت على إباحة الدخول فيه، ومع إباحة الدخول فيه لا يكون الحرز ثابتاً، فإن قلت: كيف يصح استدلالكم بهذه الآية وقد قال تعالى فيها: ﴿أو صديقكم﴾ [النور:٦١]، ومع هذا لو سرق من بيت الصديق قطع قلت: لما سرق ظهر أنه لم يكن صديقاً بل كان عدواً بخلاف ما إذا سرق من أخيه أو عمه أو خاله لا يقال: لم تبق الأخوة أو العمومة أو الخؤولة أو القرابة بالسرقة فظهر الفرق، والجواب عن آية السرقة فنقول: إنها مخصوصة بالإجماع قد خص منها الصبي والمجنون وقرابة الولاد وغير الحرز ومال فيه شركة للسارق ونحو ذلك، فلما كان كذلك قلنا: هذا مال غير محرز في حق السارق لوجود الإذن بالدخول فلا يقطع كما إذا سرق من المسجد اهـ إتقاني. **قوله**: (**خلاف الشافعي**) أما قرابة الولاد فلا قطع فيها بالإجماع اهـ إتقاني. **قوله**: (**وبالعكس يقطع**) أي كما إذا سرق مال ذي الرحم المحرم من غير بيت ذي الرحم

من الشبهة في ماله، وقوله: لا برضاع **لا حاجة إلى إخراجه** لأنه لم يدخل في ذي الرحم المحرم وإنما يقطع فيه لعدم ما ذكرنا فيه من الشبهة، **وعن أبي يوسف أنه لا يقطع** إذا سرق من أمه من الرضاع لأنه يدخل عليها عادة من غير استئذان بخلاف أخته من الرضاع لعدم هذا المعنى، **قلنا: كل ذلك** لا يشتهر **فلا يوجب البسوطة** والمحرمية بدون القرابة لا تحترم كما إذا ثبتت بالزنا، ولهذا يقطع إذا سرق من أخيه من الرضاع، **وأما إذا سرق أحد الزوجين من الآخر** أو سرق العبد من سيده أو زوجة سيده أو زوج سيدته فلوجود الإذن بالدخول عادة **فانعدم الحرز** ولو أبانها بعد السرقة وانقضت عدتها ثم رفع الأمر إلى القاضي لا يقطع لأن السرقة انعقدت غير موجبة للقطع فلا تنقلب موجبة، كما إذا وهبها ثم أبانها **حيث لا يكون له الرجوع فيها**، ولو سرق من امرأته المبتوتة في العدة **أو سرقت هي منه لا يقطع** لأن الخلطة بينهما قائمة إذ الدخول مباح للاطلاع صيانة لمائه أو لوجوب السكنى عليها حيث يسكن، وقيل: يقطع إذا كان

المحرم اهـ **قوله: (لا حاجة إلى إخراجه)** لك أن تقول: بل يحتاج إليه لأن ابن العم مثلاً أو ابن الخال إذا كان أخاً من الرضاع يصدق عليه أنه ذو رحم محرم فيدخل تحت قوله: ذي رحم محرم فأفاد المصنف رحمه الله بقوله: لا برضاع أنه لا بد أن تكون المحرمية من جهة النسب هذا ما ظهر لي حال المطالعة اهـ ثم رأيت البدر العيني رحمه الله أجاب عن المصنف رحمه الله بمثل ما ظهر لي ولله الحمد على الموافقة اهـ **قوله: (وعن أبي يوسف أنه لا يقطع إلخ)** قال في شرح الطحاوي: ولو سرق من أمه من الرضاع أو من أبيه من الرضاع وجب القطع وهذا ظاهر الرواية عن أصحابنا، وروي عن أبي يوسف في شرح القدوري أنه لو سرق من أمه رضاعاً لا يقطع اهـ **قوله: (قلنا: كل ذلك)** أي من الرضاع اهـ **قوله: (فلا يوجب البسوطة)** هذا جواب عن قول أبي يوسف أنه يدخل على الأم من الرضاع من غير استئذان يعني بينهما انبساط في دخول المنزل فلا يقطع فقال: الرضاع قليل اشتهاره عادة فلا انبساط بينهما حينئذٍ لعدم اشتهار الرضاع احترازاً عن الوقوف في موقف التهمة بخلاف الأم من النسب فإن النسب أمر مشتهر فالانبساط متحقق لا محالة اهـ **قوله: (وأما إذا سرق أحد الزوجين من الآخر)** فإن قلت: أحد الزوجين ربما يحرز ماله عن الآخر قلت: نعم لكن لا يمتنع ذلك التبسط في المنزل فيمتنع القطع لوجود التبسط، كما إذا أحرز الأب ماله عن ابنه فسرق الابن اهـ إتقاني. **قوله: (فانعدم الحرز)** وقد روي عن عمر رضي الله عنه أنه أتي بغلام سرق مرآة لامرأة سيده قال: ليس عليه شيء خادمكم سرق متاعكم ذكره مالك في الموطأ، فإذا لم يقطع خادم الزوج فالزوج أولى اهـ إتقاني. **قوله: (حيث لا يكون له الرجوع فيها)** قال في غاية البيان: ولو سرق من امرأته أو المرأة من زوجها ثم طلقها قبل الدخول بها فبانت من غير عدة فلا قطع على واحد منهما اهـ **قوله: (أو سرقت هي منه لا تقطع)** قال الإتقاني:

المنزل للمسروق منه دون السارق لأن كلاً منهما ممنوع عن الخلوة بصاحبه فحرم الدخول عليه كما بعد انقضاء العدة، **ولو سرق رجل من أجنبية** أو امرأة من أجنبي ثم تزوجها قبل القطع لا يقطع لوجود الشبهة قبل الإمضاء فصار كما إذا ملك المسروق في تلك الحالة بخلاف ما إذا وهب لأجنبية ثم تزوجها حيث لا يسقط الرجوع لأن المعترض شبهة الملك والشبهة توجب سقوط الحدّ دون الرجوع بخلاف الوصية حيث تعتبر فيها حالة الموت لا غير لما عرف في موضعه، وعن محمد / أنه إذا تزوجها بعد القضاء [يقطع][1]، وكذا لوسرق أحدهما من حرز للآخر لايسكنان فيه لوجود البسوطة بينهما في الأموال عادة ودلالة ذلك أنها لما بذلت نفسها وهي أنفس من المال **فالنفس** أولى، ولهذا لا تقبل شهادة كل واحد منهما للآخر والعبد في هذا ملحق بمولاه حتى لا يقطع في سرقة لا يقطع فيها المولى كالسرقة من أقارب المولى وغيرهم لأنه مأذون له بالدخول عادة في بيوت هؤلاء لإقامة المصالح **والمكاتب فيه** كالقن لأنه عبد ما بقي عليه درهم، وكذا المأذون له في التجارة وأما إذا سرق من مكاتبه فلأن **له حقاً في أكسابه**، ولهذا لا يجوز له أن يتزوج أمة مكاتبه فتحققت الشبهة، **وأما إذا سرق من ختنه** وصهره، فالمذكور هنا قول أبي حنيفة رحمه الله: وعندهما يقطع له أن العادة قد جرت بالبسوطة في دخول بعضهم منازل بعض بلا استئذان فتمكنت الشبهة في الحرز، ولهما أنه لا شبهة في ملك البعض لأنها تكون بالقرابة، ولا قرابة والمحرمية بالمصاهرة كالمحرمية بالرضاع وعلى هذا الخلاف إذا سرق من كل من يحرم عليه بالمصاهرة، **وأما إذا سرق من مغنم** فلما روي عن علي رضي الله عنه «أنه أتي برجل سرق المغنم فدرأ عنه الحد **وقال: إن له فيه نصيباً**»[2]

[٢٧١/أ]

وإن كانت منقضية العدة يجب القطع اهـ. **قوله: (ولو سرق رجل من أجنبية إلخ)** قال الإتقاني رحمه الله: ولو سرق من أجنبية ثم تزوجها لم يجب القطع عليه سواء قضى بالقطع عليه أم لم يقض في ظاهر الرواية، وروي عن أبي يوسف أنه قال: إذا قضي عليه بالقطع تقطع يده اهـ **قوله: (فالنفس)** كذا بخط الشارح وصوابه فالمال وقد صرح بذلك في معراج الدراية وغيرها اهـ **قوله: (والمكاتب فيه)** أي فيما سرق من مولاه كالقن اهـ وكذا المدبر عبد ما لم يمت المولى، ولا قطع على العبد في مال سيده لما بينا اهـ إتقاني. **قوله: (له حقاً في أكسابه)** أي ولأن مال المكاتب موقوف عليه، وعلى مولاه لأنه إن أدّى بدل الكتابة فماله له وإن عجز عنه فماله للمولى، ولا قطع في المال الموقوف على السارق وعلى غيره كما إذا سرق أحد المتبايعين ما شرط فيه الخيار اهـ إتقاني. **قوله: (وأما إذا سرق من ختنه)** سيأتي

---

(١) ما بين معكوفتين وردت في المخطوط [لا يقطع].

(٢) ذكره الزيلعي في نصب الراية (٣/٣٦٧).

وأما إذا سرق من الحمام أو من بيت أذن للناس بالدخول فيه فلاختلال الحرز بالإذن في الدخول وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه إذا سرق ثوباً من تحت رجل في الحمام يقطع كما لو سرق من المسجد وصاحبه عنده والفرق على الظاهر أن الحمام بني للإحراز فكان حرزاً فلا يعتبر الحافظ كالبيت بخلاف المسجد، لأنه ما بني لإحراز الأموال فلم يكن محرزاً بالمكان فيعتبر الحافظ كالطريق والصحراء، ألا ترى أنه إذا سرق من الحمام في وقت لا يؤذن للناس بالدخول فيه يقطع وفي المسجد لا يقطع مطلقاً، وحوانيت التجار والخانات كالحمام لأنها بنيت للإحراز والإذن مختص بوقت التجارة ثم لا بد من الحرز لأن الاختفاء لا يتحقق بدونه وهو على نوعين حرز لمعنى فيه وهو المكان المعد لإحراز الأموال **كالدور والبيوت والصناديق** وأمثال ذلك وحرز بالحافظ كمن جلس على الطريق أو المسجد وعنده متاعه، وهو محرز به «وقد قطع رسول الله ﷺ **سارق رداء صفوان** من تحت رأسه، **وهو نائم في المسجد**»[1] وفي المحرز بالمكان لا يعتبر الإحراز بالحافظ في الصحيح لأن الحرز به فوق الحرز بالحافظ لأن الحرز ما يمنع وصول اليد إلى المال، وبه امتنع مع اختفائه فيه عن أعينهم فكان الحرز بالحافظ دونه فيكون كالبدل عنه فلا يعتبر حال وجود الأصل حتى لو أذن له في الدخول فيه فسرق منه وصاحبه عنده حاضر لا يقطع لأن الحافظ لا يعتبر مع الحرز بالمكان، وذلك قد سقط بالإذن، ولو كان باب الدار مفتوحاً بالنهار فسرق لا يقطع

في المتن في الوصية أن الأصهار كل ذي رحم محرم من امرأته، وأن الأختان زوج كل ذي رحم محرم منه اهـ **قوله: (وأما إذا سرق من مغنم)** قال الإتقاني: قال في شرح الطحاوي: ولا قطع على من سرق من الغنائم وأطلق الرواية كما أطلق الرواية في مختصر القدوري، وينبغي أن يكون المراد من السارق من الغنيمة من له نصيب من الغنيمة في أربعة الأخماس أو في الخمس كالغانمين أو اليتامى والمساكين وابن السبيل، أما غيرهم فلا نصيب له في الغنيمة فينبغي أن يقطع لأنه سرق مالاً مستتماً لا حق له فيه من حرز لا شبهة فيه فيقطع بخلاف السارق من بيت المال، فإنه معدّ لمصالح عامة المسلمين وهو منهم فصار كمال فيه شركة للسارق فلا يقطع اللهم إلا أن يقال: إن مال الغنيمة مباح أخذه في الأصل لكل أحد وهو بعد على صورته التي كان عليها ولم يتغير فصار بقاؤه على صورته شبهة فسقط القطع والمغنم الغنيمة اهـ **قوله: (وقال إن له فيه نصيباً)** قال الإتقاني: وتعليل علي رضي الله عنه يدل على ما قلنا اهـ **قوله: (كالدور والبيوت والصناديق)** أي والحانوت والخيمة والجرين اهـ إتقاني. **قوله: (سارق رداء صفوان)** أي ابن أمية اهـ **قوله: (وهو نائم في المسجد)** ذكر ذلك

---

(١) أخرجه النسائي في قطع السارق (٤٨٨٢)، وأبو داود في الحدود (٤٣٩٤)، وأحمد في مسنده (١٤٨٨٦).

لأنه مكابرة وليس بسرقة ولو كان في الليل بعد انقطاع انتشار الناس قطع ذكره في شرح المختار، وفي المحيط الفشاش وهو الذي يهيئ لغلق الباب ما يفتحه ففش بابا في الدار أو في السوق نهاراً وليس في الدار ولا في السوق أحد لم يقطع وإن كان فيها أحد من أهلها وأخذ المتاع وهو لا يعلم به يقطع ومثله في البدائع وأوجب القطع في الهداية في الخانات وفي الحوانيت ليلاً لا نهاراً مطلقاً هذا في المفتوحة، وفي المغلقة يقطع مطلقاً في الأصح والإخراج من الحرز شرط لوجوب القطع في المحرز بالمكان لقيام يده قبله، وفي الحافظ يكتفى بمجرد الأخذ لزوال يد المالك به فتتم السرقة، ولا فرق بين أن يكون الحافظ مستيقظاً أو نائماً عنده في الصحيح / وإطلاق القدوري [٧١ ب/٢] بقوله وصاحبه عنده يدل على ذلك وقيل: لا يكون محرزاً في حال نومه إلا إذا كان تحت جنبه أو تحت رأسه وجه الأول أن المعتبر الإحراز وقد حصل به فإن الناس يعدون النائم عند متاعه حافظاً لا مضيعاً **ولهذا لا يضمن المودع** والمستعير بمثله.

قال رحمه اللّه: (ومن سرق من المسجد متاعاً وربه عنده قطع) لما روينا وذكرنا من المعنى.

قال رحمه اللّه: (وإن سرق ضيف ممن أضافه أو سرق شيئاً ولم يخرجه من الدار لا) أي لا يقطع لأن البيت في حق الضيف لم يبق حرزاً لكونه مأذوناً له في دخوله فصار بمنزلة أهله، والدار بما فيها في يد صاحبها في المعنى وهي كلها حرز واحد فلا بد من الإخراج منها ليتحقق الأخذ من كل وجه بخلاف الغصب حيث يجب عليه الضمان بالأخذ وإن لم يخرجه من الدار في الصحيح لأنه يجب مع الشبهة هذا إذا كانت الدار صغيرة لا يستغني أهل البيوت عن الانتفاع بصحنها فإنها حينئذٍ تكون كلها حرزاً واحداً، حتى لو أذن له في دخولها فسرق من البيت لا يقطع وإن كانت كبيرة فسرق منها وأخرجه إلى صحنها يقطع وإن لم يخرجه منها على ما يجيء من قريب.

قال رحمه اللّه: (وإن أخرجه من حجرة إلى الدار أو أغار من أهل الحجرة على حجرة أو نقب فدخل وألقى شيئاً في الطريق ثم أخذه أو حمله على حمار فساقه وأخرجه قطع) لتحقق السرقة في هذه الجملة، أما إذا أخرجه من حجرة إلى الدار أي إلى صحنها فلأن الإخراج من الحرز قد تحقق فيترتب عليه موجبه وهذا إذا كانت الدار كبيرة وفيها مقاصير أي حجر ومنازل، وفي كل مقصورة مكان يستغني به أهله

في الموطأ والسنن أيضاً اهـ إتقاني. **قوله: (ولهذا لا يضمن المودع)** وفي فتاوى الظهيرية إنما لا يجب الضمان على المودع فيما إذا وضع الوديعة بين يديه فيما إذا نام قاعداً، أما إذا نام مضطجعاً فعليه الضمان وهذا إذا كان في الحضر، أما في السفر لا ضمان عليه نام قاعداً أو

عن الانتفاع بصحن الدار وإنما ينتفعون به انتفاع السكة فيكون إخراجه إليه كإخراجه إلى السكة لأن كل مقصورة حرز على حدة إذ لكل مقصورة باب وغلق على حدة ومال كل واحد محرز بمقصورة فكانت المنازل بمنزلة دور في محلة، **وأما إذا أغار** من أهل الحجرة على أهل حجرة أخرى فالمراد به إذا كانت الدار كبيرة لأنها بمنزلة المحلة، وإن كانت صغيرة بحيث لا يستغني أهل المنازل عن الانتفاع بصحن الدار بل ينتفعون به انتفاع المنازل فهي بمنزلة مكان واحد فلا يقطع الساكن فيها ولا المأذون له بالدخول فيها إذا سرق من بعض مقاصيرها، وأما إذا نقب ودخل إلخ فلأنه هتك الحرز بالدخول وتمت السرقة بالإخراج والأخذ وفيه خلاف زفر رحمه الله هو يقول: الإلقاء غير موجب للقطع وكذا الأخذ من الطريق فصار كما لو ألقاه في الطريق، ولم يأخذه أو أخذه غيره من الطريق، ولنا أنه حيلة معتادة بين السراق إما لتعذر الخروج مع المتاع أو ليمكنه الدفع والفرار ولم يعترض عليه يد معتبرة **فصار الكل فعلاً واحداً** وهذا لأن

مضطجعاً اهـ دراية. **قوله**: (**وأما إذا أغار**) قال الإتقاني: قال صاحب المغرب: أغار لفظ شمس الأئمة الحلواني والصيمري وهو من أغار على العدو، وأما لفظ محمد: وإن أعان يعني بالعين المهملة والنون وهو الأوجه، لأن الإغارة تدل على الجهر والمكابرة والسرقة على الخفية، وللأول وجه أيضاً عندي بأن يدخل اللص مكابرة بالليل جهراً ويخرج المال، فإنه يقطع لوجود الخفية عن أعين الناس ويحتمل أن يكون ذلك اللفظ أيضاً رواية عن محمد لأن شمس الأئمة الحلواني مع تبحره في العلوم لا سيما الفقه ليس ممن يتهم في هذا القدر، والإغارة جاءت بمعنى الإسراع والعدو أيضاً قال الفرزدق:

رأونا فوقهم ولنا عليهم صلاة الرافعين مع المغير

يقول: إذا اجتمع الناس بالموسم رأونا أئمتهم والمغير المسرع وهذا من قول أبي سيارة عميلة بن خالد العدواني وكان يدفع بالناس من المزدلفة على حمار أربعين سنة فضربت العرب بحماره المثل فقالوا: أصح من عير أبي سيارة وكان يقول: أشرق ثبير كيما نغير، فعلى هذا يكون معناه أسرع إنسان وعدا من مقصورة على مقصورة فسرق منها قطع وجاء أغار الحبل أي فتله فتلاً شديداً ذكره في ديوان الأدب وغيره، والفتل يستعمل في المخادعة ويجوز أن يستعمل ما في معناه فيها أيضاً، ألا ترى إلى ما جاء في حديث الزبير أنه سأل أم المؤمنين عائشة الخروج إلى البصرة فأبت عليه فما زال يفتل في الذروة والغارب حتى أجابته، الذروة أعلى السنام والغارب مقدمه، هو مثل يقال: مازال يفتل في ذروته أي يخادعه حتى يزيله عن رأي هو عليه كذا قال الأصمعي فعلى هذا يكون معناه إذا احتال وخادع إنسان من أهل مقصورة على مقصورة أخرى فسرق منها قطع اهـ كلام الإتقاني رحمه الله. وقال الكمال: يريد دخول مقصورة على غرّة فأخذ بسرعة يقال: أغار الفرس والثعلب في العدو إذا أسرع اهـ **قوله**: (**فصار الكل فعلاً واحداً**) أي بخلاف ما إذا أخذه غيره

يده ثبتت عليه بالأخذ ثم **بالرمي لم تزل يده حكماً**، ألا ترى أن من سقط منه مال فأخذه غيره ليرده على صاحبه **ثم رده إلى موضعه لم يضمن** لأنه في ذلك الموضع في يد صاحبه حكماً فكأنه رده إلى يده حقيقة، فإذا أبقى يده حكماً وتأكد ذلك بالأخذ يقطع بخلاف ما إذا لم يأخذه لأنه مضيع لا سارق وهذا لأن رميه متردد بين أن يكون للتضييع لأن منهم من يقصد التضييع على صاحبه وبين أن يكون حيلة لإتمام الأخذ وأيهما فعل تبين أن الرمي كان لذلك، وأما إذا حمله على حمار إلخ فلأن سير الحمار مضاف إليه بسوقه، **ولهذا يضمن السائق** ما أتلفت الدابة **ولو لم يسقه وخرج بنفسه لا يقطع**، وفي قوله: فساقه إشارة إليه ولو ألقاه في نهر في الدار فإن كان الماء ضعيفاً وأخرجه بتحريك السارق قطع لأن الإخراج مضاف / إليه **وإن أخرجه الماء بقوة جريه لم يقطع**، وقيل: يقطع وهو الأصح لأنه أخرجه بسببه ذكره في النهاية معزياً إلى المبسوط. [٧٢/أ/٢]

قال رحمه الله: (وإن ناول آخر من خارج أو أدخل يده في بيت وأخذ أو طرّ صرة خارجة من كم أوسرق من قطار بعيراً أو حملاً لا) أي لا يقطع في هذه الأشياء كلها لعدم الحرز أو لعدم هتكه، أما الأول وهو ما إذا ناول آخر من خارج البيت ومراده إذا نقب ودخل وناول المتاع غيره فلأن القطع يجب بهتك الحرز والإخراج ولم يوجدا في كل واحد منهما إذ الخارج لم يوجد منه الهتك والداخل لم يوجد منه الإخراج وإن وجد بإخراج يده فقد بطل باعتراض يد الآخر عليه فلم تتم السرقة في كل واحد منهما، وعن أبي يوسف أن على الداخل القطع على كل حال لأن الهتك تم منه فصار المال مخرجاً بفعله أو بمعاونته، وأما الخارج فإن أدخل يده يقطع لوجود الإخراج من الحرز، وإن لم يدخل يده ولكن الداخل أخرج يده وناوله لا يقطع لعدم الهتك والإخراج منه، وعن أبي يوسف رواية أخرى: إن الخارج إذا أدخل يده **وأخذ المتاع**

حيث لا قطع عليه لأنه لم يأخذه من الحرز، وليس على السارق أيضاً قطع حينئذٍ لأنه باعتراض يد الآخر لم تبق يده قائمة على السرقة حين الخروج، وقد خرج ولا مال في يده لا حقيقة ولا حكماً فصار كما لو استهلكه في الحرز ثم خرج اهـ إتقاني رحمه الله. **قوله**: (**ثم بالرمي لم تزل يده حكماً**) أي لعدم اعتراض يد أخرى على يده اهـ كاكي. **قوله**: (**ثم رده إلى موضعه لم يضمن**) سيأتي في باب اللقطة بأتم من هذا اهـ **قوله**: (**ولهذا يضمن السائق إلخ**) وفي مبسوط أبي اليسر: وكذا لو علقه على عنق كلب فزجره يقطع ولو خرج من غير زجر لا يقطع اهـ كاكي. **قوله**: (**ولو لم يسقه وخرج بنفسه لا يقطع**) أي لأن للبهيمة اختياراً لنفسها اهـ كاكي. قال في خلاصة الفتاوى: ولو ذهب السارق إلى منزله فخرج الحمار بعد ذلك حتى جاء إلى منزله لا يقطع، وكذا لو علق شيئاً على طائر وتركه ثم طار إلى منزله اهـ إتقاني. **قوله**: (**وإن أخرجه الماء بقوة جريه لا يقطع**) كذا في شرح الإتقاني نقلاً عن الخلاصة،

يقطع لحصول المقصود ذكرها في البدائع وهو أشبه بمذهبه على ما يأتي بيانه وأما إذا أدخل يده في بيت يعني من النقب وأخذ المتاع، فلما روي عن علي رضي الله عنه أنه قال: «اللص إذا كان ظريفاً لا يقطع قيل: كيف ذلك قال: أن ينقب البيت ويدخل يده ويخرج المتاع من غير أن يدخله» هو ولأن هتك الحرز معتبر لإيجاب القطع، وفي الحدود يراعى كمال السبب والشروط احتيالاً للدرء وأكمل جهة هتك الحرز بالدخول فيشترط بخلاف الصندوق والجيب والكم ونحوه لأن الممكن فيها إدخال اليد لا الدخول فيشترط الممكن لا غير للتعذر وفيه خلاف أبي يوسف هو يقول: إن السرقة أخذ المال من الحرز على الخفية وقد تحقق بإدخال يده كما تحقق بدخوله بنفسه والدخول وسيلة إليه فلا يعتبر عند حصول المقصود بغيره كما في الصندوق ونحوه والحجة عليه ما ذكرنا والفرق ما بينا وحصول المقصود بغير هتك الحرز لا يوجب القطع، ألا ترى أنه لو شق جوالقاً فتبدد ما فيه من الدراهم فأخذه لا يقطع، وإن حصل مقصوده لعدم الهتك وإن أدخل يده فأخذ يقطع لوجود الهتك، **وأما إذا طرّ صرة** خارجة من الكم فلأن الرباط من خارج فبالطرّ يتحقق الأخذ من الظاهر فلم يوجد هتك الحرز وهو المعتبر في الباب، وإن كانت الصرة داخلة فطرّها وأخذها قطع لأن الرباط من داخل فبالطرّ تبقى الصرة داخل الكم فيتحقق الأخذ من الداخل فوجد الهتك، ولوكان مكان الطرّ حل الرباط ينعكس الحكم لانعكاس العلة، وعن أبي يوسف أنه يقطع في الأحوال كلها **لأنه محرز بالكم أو بصاحبه** قلنا: لا يعتبر الحرز بالحافظ إلا إذا كان يحفظه من السراق وبعد ما أدخله في كمه أو ربطه لايقصد حفظه، وإنما يقصد قطع الطريق أو الاستراحة بالمشي والقعود لاعتماده عليه فلا يعتبر حافظاً من غير قصد، ألا ترى إلى قوله عليه الصلاة والسلام: «**لايقطع في حريسة الجبل**»[1] لأن مقصود الراعي الرعي دون الحفظ وهو تبع فلا يصلح للقطع لما فيه من شبهة العدم، وفي المحيط لوسرق ثوباً عليه وهو رداؤه أو قلنسوة أو طرف منطقته أو **سيفه** أو سرق من امرأة حلياً عليها لا يقطع لأنها خلسة وليست بخفية سرقة، ولو سرق من رجل نائم قلادة عليه وهو لابسها أو ملاءة وهو لابسها أو واضعها قريباً منه

واقتصر عليه اهـ **قوله: (وأخذ المتاع)** أي من غير مناولة الداخل اهـ **قوله: (وأما إذا طرّصرة)** الطر الشق ومنه الطرار والصرّة الهميان والمراد من الصرة هنا نفس الكم المشدود فيه الدراهم اهـ كاكي. **قوله: (لأنه محرز بالكم)** أي في صورة طرها خارج الكم اهـ كاكي. **قوله: (أو بصاحبه)** أي في صورة طرّها داخل الكم اهـ كاكي. **قوله: (لا قطع في حريسة الجبل)**

---

(١) أخرجه النسائي في قطع السارق (٤٩٥٧).

بحيث يكون حافظاً له يقطع لأنه أخذها خفية وسراً وله حافظ وهو النائم، وأما إذا سرق من قطار/ بعيراً أو حملاً فلأنه ليس بمحرز مقصود فتمكن فيه شبهة العدم ولا [٧٢/ب/٢] فرق بين أن يكون معها سائق أو قائد أو لم يكن لأن السائق أو الراكب يقصد قطع المسافة،ونقل الأمتعة دون الحفظ حتى لو كان معها من يحفظها يقطع.

قال رحمه الله: (وإن شق الحمل فأخذ منه أو سرق جوالقاً فيه متاع وربه يحفظه أو نائم عليه أو أدخل يده في الصندوق أو في جيب غيره أو كمه فأخذ المال قطع) لوجود السرقة من الحرز والنوم بقرب منه بحيث يعد حافظاً له كالنوم عليه على المختار وقد ذكرناه من قبل والله أعلم.

(فصل في كيفية القطع وإثباته) قال رحمه الله: (تقطع يمين السارق **من الزند**) لقراءة ابن مسعود رضي الله عنه فاقطعوا أيمانهما **وهي مشهورة** فجاز التقييد بها

وحريسة الجبل هي الشاة المسروقة مما يحرس في الجبل وقيل: هو من قولهم للسارق حارس على سبيل التعكيس وفي التكملة حرسني شاة أي سرقها حرسي اهـ **قوله**: **(أو سيفه)** أي وهو مستيقظ غير غافل اهـ

(فصل في كيفية القطع وإثباته) ظاهر ترتيبه على بيان نفس السرقة وتفاصيل المال والحرز لأنه حكم سرقة المال الخاص من الحرز فيتعقبه فالقطع لما تلونا من قبل، وهو قوله تعالى: ﴿فاقطعوا أيديهما﴾ [المائدة:٣٨]، والمعنى يديهما وحكم اللغة أن ما أضيف من الخلق إلى اثنين لكل واحد واحد أن يجمع مثل قوله تعالى: ﴿فقد صغت قلوبكما﴾ [التحريم:٤]، وقد يثنى وقال: «ظهرا هما مثل ظهور الترسين» والأفصح الجمع اهـ إتقاني.
قوله في المتن: **(من الزند)** قال في الصحاح: الزند موصل طرف الذراع في الكف وهما زندان الكوع والكرسوع اهـ قال الإتقاني: والكوع طرف الزند الذي يلي الإبهام، والكرسوع طرف الزند الذي يلي الخنصر اهـ **قوله**: **(وهي مشهورة)** قال الكمال: وأما كونها اليمين فبقراءة ابن مسعود فاقطعوا أيمانهما وهي مشهورة فكان خبراً مشهوراً فيقيد إطلاق النص فهذا من تقييد المطلق لا من باب المجمل لأن الصحيح أنه لا إجمال في ﴿فاقطعوا أيديهما﴾ [المائدة:٣٨]، وقد قطع رسول الله ﷺ اليمين وكذا الصحابة، فلو لم يكن التقييد مراداً لم يفعله وكان يقطع اليسار، وذلك لأن اليمين أنفع من اليسار لأنه يتمكن بها من الأعمال وحدها ما لا يتمكن به من اليسار، فلو كان الإطلاق مراداً والامتثال يحصل بكل لم يقطع إلا اليسار على عادته من طلب الأيسر لهم اهـ وقوله: فهذا من تقييد المطلق إلخ فيه ردّ لما قاله الإتقاني حيث قال: فإن قلت: الزيادة على النص نسخ عندنا فلذا لا تجوز الزيادة بخبر الواحد فكيف جازت بقراءة عبد الله قلت: لا نسلم أنها خبر الواحد وقراءته كانت مشهورة إلى زمن أبي حنيفة والزيادة بالمشهور جائزة، ولئن سلمنا أنها خبر الواحد فيقول: خبر الواحد يجوز أن يكون بياناً لمجمل الكتاب والكتاب مجمل في حق المقدار، وفي حق

وقد عرف في موضعه ومن الناس من قال: تقطع الأصابع فقط **لأن البطش يقع بها**، وقالت الخوارج: تقطع اليمين من المنكب لأن اليد اسم لكلها **ولنا ما روي أنه عليه الصلاة والسلام أمر بقطع يد السارق من الرسغ** ولأن كل من قطع من الأئمة قطع من الرسغ فصار إجماعاً فعلاً فلا يجوز خلافه.

قال رحمه الله: (وتحسم) أي تكوى كي ينقطع الدم لقوله: عليه الصلاة والسلام: «**فاقطعوه ثم احسموه**» رواه الدارقطني ولأن منافذ الدم تنسد بالكي فينقطع به فلو لم يكو ربما يسترسل الدم فيؤدي إلى التلف.

قال رحمه الله: (**ورجله اليسرى** إن عاد) لقوله عليه الصلاة والسلام «فإن عاد فاقطعوه»[١] وعليه إجماع المسلمين.

اليمين أيضاً لاحتمال إرادة الشمال فالتحقت قراءته بالكتاب بياناً له على أن المراد اليمين لا الشمال اهـ **قوله: (لأن البطش يقع بها)** أي والأخذ أي فتقطع الأصابع لإزالة التمكن من الأخذ والبطش اهـ **قوله: (ولنا ما روي «أنه عليه الصلاة والسلام أمر بقطع يد السارق من الرسغ»)** قال الإتقاني: ولنا أن اليد ذات مقاطع ثلاثة وهي الرسغ والمرفق والمنكب وكل منها يحتمل أن يكون مراداً فزال الاحتمال ببيان النبي ﷺ حيث أمر بقطع اليد اليمنى من الزند ولأن مفصل الزند وهو الرسغ متيقن به لكونه أقل فيؤخذ به، لأن العقوبات لا تثبت بالشبهة وفيما زاد على الرسغ شبهة فلا تثبت وإنما كان مفصل الزند من اليمين مراداً إما ببيان النبي ﷺ أو بقراءة ابن مسعود اهـ **قوله: (ثم احسموه)** قال الإتقاني: الحسم هو الكي بعد القطع بالزيت المغلي ونحوه، اهـ قال الكمال: وأما الحسم فقد روى الحاكم من حديث أبي هريرة أنه عليه الصلاة والسلام أتي بسارق سرق شملة فقال ﷺ: «ما إخاله سرق فقال السارق: بلى يا رسول الله، فقال: اذهبوا به فاقطعوه ثم احسموه ثم ائتوني به فقطع ثم حسم ثم أتي به فقال: تب إلى الله فقال: تبت إلى الله قال: تاب الله عليك». وقال صحيح على شرط مسلم ورواه أبو داود في المراسيل، وكذا رواه القاسم بن سلام[٢] في غريب الحديث، وأخرج الدارقطني عن حجية عن علي أنه قطع أيديهم من المفصل ثم حسمهم فكأني أنظر إليهم وإلى أيديهم كأنها أيور الحمر والحسم الكي لينقطع الدم، وفي المغرب والمغني لابن قدامة هو أن يغمس في الدهن الذي أغلي وثمن الزيت وكلفة الحسم في بيت المال عندهم لأنه أمر القاطع به، وبه قال الشافعي في وجه وعندنا هو على

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) هو أبو عبيد القاسم بن سلام بن عبد الله الإمام الحافظ اللغوي، ولد سنة (١٥٧هـ) وتوفي سنة (٢٢٥هـ)، من آثاره غريب الحديث وقد طبع سنة (١٣٨٤هـ) بالهند. انظر شذرات الذهب (٢/ ٥٤)، سير أعلام النبلاء (١٠/ ٤٩٠).

قال رحمه الله: (فإن سرق ثالثاً حبس **حتى يتوب** ولم يقطع كمن سرق وإبهامه اليسرى مقطوعة أو شلاء **أو إصبعان منها سواها أو رجله اليمنى مقطوعة**) أي لا يقطع في الثالثة، كما لا يقطع إذا كانت إبهامه اليسرى مقطوعة أوشلاء إلخ. وقال الشافعي رحمه الله: تقطع في الثالثة يده اليسرى، وفي الرابعة رجله اليمنى لقوله عليه الصلاة والسلام: « من سرق فاقطعوه فإن عاد فاقطعوه فإن عاد فاقطعوه » **ويروى مفسراً** كما ذهب إليه هو وظاهر قوله تعالى: ﴿ فاقطعوا أيديهما ﴾ [المائدة: ٣٨] يتناول اليدين منهما ولأن الثالثة مثل الأولى في الجناية بل أقبح لتقدم الزاجر فكانت أدعى إلى شرع الحد، ولنا إجماع الصحابة رضي الله عنهم حين حجهم علي بقوله: إني لأستحي من

السارق وقول المصنف لأنه لو لم يحسم يؤدي إلى التلف يقتضي وجوبه، والمنقول عن الشافعي وأحمد أنه مستحب فإن لم يفعل لا يأثم ويسن « تعليق يده في عنقه لأنه ﷺ أمر به »[١] رواه أبو داود، وابن ماجه، وعندنا ذلك مطلق للإمام إن رآه ولم يثبت عنه ﷺ في كل من قطعه ليكون سنة اهـ **قوله في المتن**: **(ورجله اليسرى إلخ)** ثم يقطع من الكعب عند أكثر أهل العلم وفعل ذلك عمر وقال أبو ثور والروافض: يقطع من نصف القدم من معقد الشراك لأن علياً كان يقطع كذلك ويدفع له عقباً يمشي عليها اهـ فتح. **قوله**: **(حتى يتوب أو يموت)** قال صاحب النافع: حتى يتوب أو يظهر عليه سيما رجل صالح اهـ إتقاني. **قوله**: **(أو إصبعان منها سواها)** قال الإتقاني: والإصبعان ينزلان منزلة الإبهام في نقصان البطش فلو قطعت اليمين في هذه الحالة يلزم فوات جنس المنفعة فلا تقطع لئلا يلزم الإهلاك معنى بخلاف ما إذا كانت إصبع واحدة من اليسرى مقطوعة أو شلاء حيث تقطع اليمين لعدم الخلل في البطش ظاهراً بخلاف الكفارة حيث اعتبر فيها في المنع من الجواز فوت أكثر الأصابع سوى الإبهام لا فوت الإصبعين، وهنا اعتبر في المنع من قطع اليمين فوت الإصبعين لأن المانع هو الهلاك معنى في البابين وتحققه بفوات الأكثر إلا أن الحدّ لما كان يسقط بالشبهة احتيط فيه فأقيم الإصبعان مقام الإبهام، وقال الفقيه أبو الليث في شرح الجامع: روي عن أبي حنيفة في كتاب المجرد أنه قال: إذا كان ثلاث أصابع سوى الإبهام مقطوعة لا تقطع، وكذلك إذا كان إصبعان إحداهما الإبهام فاعتبر هناك أكثر الأصابع وتلك الرواية توافق ما قال في كتاب الطلاق أن الرجل إذا أعتق عبداً مقطوعة من كل يد ثلاث أصابع أو إصبعان إحداهما الإبهام لا يجزئ عن كفارة الظهار، وأما في هذه الرواية اعتبر ذهاب القوة ولم يعتبر الأكثر وهذه الرواية أحوط اهـ **قوله في المتن**: **(أو رجله اليمنى مقطوعة)** أي إذا كانت رجله اليمنى مقطوعة لا تقطع يده اليمنى اهـ ويصح أن

---

(١) أخرجه الترمذي في الحدود (١٤٤٧)، والنسائي في قطع السارق (٤٩٨٢)، وأبو داود في الحدود (٤٤١١)، وابن ماجه في الحدود (٢٥٨٧)، وأحمد في مسنده (٢٣٤٢٨).

الله أن لا أدع له يداً يبطش بها ورجلاً يمشي عليها ولم يحتج أحد منهم بالمرفوع فدل على عدمه، وما رواه لم يثبت فإن الطحاوي قال: تتبعنا هذه الآثار فلم نجد لشيء منها أصلاً، ولهذا لم يقتل في الخامسة، وإن ذكر فيما روي ولئن صح **فهو محمول على السياسة** أو على النسخ، والآية لا تدل على ما ذكر لأن إضافة جزأين أو ما هما كجزأين إلى متضمنهما يذكر بلفظ الجمع ولا يراد به الجمع عند أهل اللغة بل يراد به التثنية فلا يتناول إلا يداً واحدة من كل واحد منهما فبطل الاستدلال به ولهذا لا يقطع في الثانية يده اليسرى ولو تناولتها الآية لقطعت ولأن السارق اسم فاعل يدل على المصدر لغة وهو اسم جنس فيتناول الأدنى إذ كل السرقات غير مراد لعدم توقف القطع عليه وبفعل واحد لم تقطع إلا يد واحدة، وقد تعينت اليمنى **فخرجت اليسرى من أن تكون مرادة** ولأن الأمر بالفعل لا يقتضي التكرار **وفي قطع الأربع إتلافه** أيضا **في المعنى** والقطع للزجر لا للإتلاف، ألا ترى أنه عليه الصلاة والسلام حسم المقطوع كيلا يهلك **بخلاف القصاص** لأن المنظور إليه المساواة لكونه حق العبد فيستوفي ما

يكون هذا فيمن سرق أولاً يعني من سرق أولاً وكانت رجله اليمنى مقطوعة لا تقطع يده اليمنى، ويصح أن يكون فيمن سرق ثانياً يعني من سرق ثانياً وكانت رجله اليمنى مقطوعة لا تقطع رجله اليسرى، وعلى الأول مشى المصنف في الكافي وشراح الهداية وغيرهم، وعلى الثاني مشى بعض الشراح كالبدر العيني رحمهم الله أجمعين. **قوله: (ويروي مفسراً)** أخرج الدارقطني عن أبي هريرة عنه ﷺ قال: «إذا سرق السارق فاقطعوا يده فإن عاد فاقطعوا رجله فإن عاد فاقطعوا يده فإن عاد فاقطعوا رجله» وفي سنده الواقدي وهنا طرق كثيرة لم تسلم من الطعن اهـ فتح. **قوله: (فهو محمول على السياسة)** أي بدليل ما ورد في ذلك الحديث من الأمر بالقتل في المرة الخامسة فذلك محمول عند الشافعي على السياسة أيضاً فكذا يحمل القطع في الثالثة والرابعة اهـ إتقاني. **قوله: (فخرجت اليسرى من أن تكون مرادة)** قال الإتقاني: قال في المبسوط: يقتل في الخامسة عند أصحاب الظواهر قلت: لا يلتفت إليه لكونه خرقاً للإجماع وقال الكمال: وقد حكي عن عطاء وعمرو بن العاص وعثمان وعمر بن عبد العزيز أنه يقتل في المرة الخامسة، كما هو ظاهر ما روي من ذلك وذهب مالك والشافعي إلى أنه يعزر ويحبس كقولنا في الثالثة اهـ **قوله: (وفي قطع الأربع إتلافه)** هو مأخوذ من قول علي رضي الله عنه قتلته إذاً اهـ فتح. **قوله: (في المعنى)** أي لفوات جنس المنفعة اهـ **قوله: (بخلاف القصاص)** جواب سؤال مقدر بأن يقال: لا نسلم أن تفويت جنس المنفعة له أثر في عدم وجوب القطع في المرة الثالثة، ألا ترى أن إنساناً لو قطع يسار إنسان آخر يقطع يسار القاطع قصاصاً مع فوات جنس المنفعة، فقال في جوابه: بخلاف القصاص، وذلك لأن القصاص يعتمد على المساواة وقد وجدت فيجب القصاص

أمكن جبراً لحقه **ولأنه يندر** وجوده فلا يستدعي زاجراً إذ الحد فيما يغلب لا فيما يندر **وإنما لا يقطع إذا كانت إبهامه اليسرى مقطوعة أو شلاء** إلخ. لأن فيه تفويت جنس المنفعة/ وهو البطش أو المشي بخلاف ما إذا كانت إصبع واحدة سوى الإبهام [٧٣/١/٢] مقطوعة أو شلاء لأن فوتها لا يوجب خللاً في البطش ظاهراً، ولو كانت يده اليمنى شلاء أو ناقصة الأصابع تقطع في ظاهر الرواية لأن المستحق بالنص قطع اليمنى واستيفاء الناقص عند تعذر الكامل جائز.

فبعد ذلك لا يلتفت إلى وقوعه تفويتاً لجنس المنفعة لأن القصاص حق العبد فيجب استيفاؤه ما أمكن جبراً لحق العبد بخلاف الحد فإنه حق الله تعالى خالصاً فيسقط لشبهة الهلاك اهـ إتقاني رحمه الله. وكتب ما نصه: لو قطع رجل يدي رجل قطعت يداه أو أربعته قطعت أربعته لأنه حق العبد فيستوفيه ما أمكن جبراً لحقه، لا يقال: اليد اليسرى محل للقطع بظاهر الكتاب ولا إجماع على خلاف الكتاب لأنا نقول: لما وجب حمل المطلق منه على المقيد عملاً بالقراءة المشهورة خرجت من كونها مرادة، والأمر المقرون بالوصف وإن تكرر بتكرر ذلك الوصف، لكن إنما يكون حيث أمكن، وإذا انتفى إرادة اليسرى بما ذكرنا من التقييد انتفى من محليتها القطع فلا يتصور تكراره فيلزم أن معنى الآية السارق والسارقة مرة واحدة فاقطعوا أيديهما وثبت قطع الرجل في الثانية بالسنة والإجماع وانتفى ما وراء ذلك لتمام الدليل على العدم اهـ فتح. **قوله**: (**ولأنه**) أي لأن فعل السرقة في المرة الثالثة والرابعة يندر اهـ **قوله**: (**يندر**) أي يندر أن يسرق الإنسان بعد قطع يده ورجله والحد لا يشرع إلا فيما يغلب على ما مر غير مرة اهـ فتح. **قوله**: (**وإنما لا يقطع إذا كانت إبهامه اليسرى مقطوعة أو شلاء**) قال الحاكم الشهيد في الكافي: وإن كانت رجله اليمنى مقطوعة الأصابع فإن كان يستطيع القيام والمشي عليها قطعت يده، وإن كان لا يستطيع القيام والمشي عليها لم تقطع يده وكل شيء درأت فيه القطع ضمنته السرقة إن كانت مستهلكة إلى هنا لفظ الحاكم اهـ إتقاني. وقال في الكافي: وإذا حبس السارق ليسأل عن الشهود فقطع رجل يده اليمنى عمداً فعليه القصاص وقد بطل الحد عن السارق، وكذلك إذا كان قطع يده اليسرى، وإن حكم عليه بالقطع في السرقة فقطع رجل يده اليمنى من غير أن يؤمر بذلك فلا شيء عليه اهـ إتقاني. **قوله**: (**أو شلاء**) قال في الهداية: وإن كان السارق أشل اليد اليسرى أو أقطع أو مقطوع الرجل اليمنى لم يقطع قال الإتقاني: هذا لفظ القدوري في مختصره أي لا تقطع يده اليمنى إذا كانت الحالة كذلك، لأن فيه تفويت جنس المنفعة بطشاً فيما إذا كانت يده اليسرى شلاء أو مقطوعة ومشياً فيما إذا كانت رجله اليمنى مقطوعة وتفويته إهلاكه معنى فلا يقام الحد لئلا يفضي إلى الإهلاك، وقوله: وإذا كانت رجله اليمنى شلاء أي لا تقطع يده اليمنى إذا كانت رجله اليمنى شلاء لأن فيه تفويت جنس المنفعة اهـ قال في شرح التكملة: وإن كانت يداه صحيحتين ورجله اليسرى يابسة

قال رحمه الله: (ولا يضمن بقطع اليسرى من أمر بخلافه) أي الذي أمره الحاكم بقطع اليمنى **فقطع يده اليسرى لا يضمن** سواء قطعها عمداً أو خطأ وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله، **وقالا: يضمن في العمد**، وقال زفر يضمن في الخطأ أيضاً وهو القياس **والمراد هو الخطأ** في الاجتهاد، أما الخطأ في معرفة اليمين **واليسار لا يجعل عفواً وقيل: يجعل عفواً** لزفر رحمه الله أنه قطع يداً معصومة والخطأ في حق العبد غير موضوع فيضمنها، قلنا: خطأ المجتهد موضوع إجماعاً وهذا موضع الاجتهاد **إذ النص لم يفرق بين اليدين**، ولهما أنه أتلف يداً معصومة ظلماً عمداً فلا يعفى، وإن كان مجتهداً فيه لأن المجتهد لا يعذر فيما إذا كان دليله ظاهراً على ما عرف في موضعه وكان ينبغي أن يجب القصاص **إلا أنه امتنع للشبهة**، إذ ليس في الآية تعيين اليمنى والمال يجب مع الشبهة **ولأبي حنيفة رحمه الله أنه أتلف وأخلف من جنسه ما هو خير منه** كمن شهد على غيره ببيع ماله بمثل قيمته ثم رجع **فإن قيل: اليمين لم تحصل بقطع**

قطعت يده اليمنى وإن كانت الرجل اليمنى هي اليابسة لم تقطع لأنه يؤدي إلى استيفاء الزائد من الواجب إذ به يتعطل نصف البدن عن منفعة البطش والمشي فيصير في معنى الهالك بخلاف المسألة الأولى، وهو ما إذا كانت الرجل اليسرى هي اليابسة قطع لأنه يمكنه إمساك العصا باليد اليسرى فيحصل بها نوع منفعة وإن كانت ناقصة اهـ **قوله**: (**فقطع يده اليسرى لا يضمن**) أي ولكن يؤدّب الجلاد اهـ كاكي. **قوله**: (**وقالا: يضمن في العمد**) أي يضمن في العمد أرش اليسار اهـ كاكي. **قوله**: (**والمراد هو الخطأ**) أي المراد بالخطأ الذي فيه الخلاف بيننا وبين زفر الخطأ في الاجتهاد، ومعناه أن يقطع اليسرى بعد قول الحاكم اقطع يمينه عن اجتهاد في أن قطعها يجزئ عن قطع السرقة نظراً إلى إطلاق النص وهو قوله تعالى: ﴿فاقطعوا أيديهما﴾ [المائدة: ٣٨] اهـ فتح. **قوله**: (**واليسار لا يجعل عفواً**) أي فيضمن اهـ لأن الجهل في موضع الاشتهار ليس بعذر وهذا موضع اشتهار لأن كل أحد يميز بين اليمين واليسار اهـ كفاية. **قوله**: (**وقيل: يجعل عفواً**) أي فلا ضمان اهـ **قوله**: (**إذ النص لم يفرق بين اليدين**) أي لأن ظاهر النص يوجب التسوية بين اليمين واليسار اهـ **قوله**: (**إلا أنه امتنع للشبهة**) أي الثابتة في الآية اهـ قال الكمال: وعند مالك والشافعي يقتص في العمد كقولنا: فيما إذا قطع رجل يده بعد الشهادة قبل القضاء في القطع في انتظار التعديل ثم عدلت لا قطع عليه لفوات محله وتقطع يد القاطع قصاصاً ويضمن المسروق لو كان أتلفه لأن سقوط الضمان باستيفاء القطع حقاً لله تعالى ولم يوجد، ولذا لو قطع يده اليسرى يقتص له ويسقط عنه قطع اليمنى لما عرف اهـ قال الإتقاني: وإن حكم عليه بالقطع في السرقة فقطع رجل يده اليمنى من غير أن يؤمر بذلك فلا شيء عليه اهـ **قوله**: (**ولأبي حنيفة أنه أتلف وأخلف من جنسه ما هو خير منه**) أي وهو اليمنى فإنها لا تقطع بعد قطع اليسرى اهـ

اليسرى بل كانت حاصلة بخلاف المستشهد به فكيف يقال أخلف قلنا: اليمن كانت مستحقة الإتلاف فبقطع اليسرى سلمت فصارت حاصلة له به، ولا يلزم على هذا لو قطع رجله اليمنى حيث لا تقطع يده اليمنى ومع هذا يجب على القاطع الضمان لأنا نقول: لا رواية فيه فيمنع ولئن سلم **فالمتلف ليس من جنس الباقي** فلم يخلف ما يقوم مقامه، وعلى هذه النكتة التي اعتبر فيها الاختلاف لو قطع اليسار غير الحداد لا يضمن **في الصحيح** إذا كان بعد حكم الحاكم بالقطع لما ذكرنا أنه أخلف، ثم في العمد يجب ضمان المال المسروق على السارق عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لأنه لم يقع حداً وسقوط الضمان عنه في ضمن وقوعه حداً وكذا عندهما بل أولى، وفي الخطأ كذلك على الطريقة التي اعتبر فيها وهي أن القاطع لا يجب عليه الضمان لأنه أتلف وأخلف ولم يقع حداً، وعلى الطريقة الأخرى وهي أن القاطع اجتهد وأخطأ في اجتهاده حيث زعم أن الكتاب مطلق عن قيد اليمين يكون قطع اليسار واقعاً على الحد لأن المجتهد معذور في الخطأ فلا يجب الضمان إذ القطع والضمان لا يجتمعان، **والمراد** بالخطأ هو الخطأ في الاجتهاد، وأما الخطأ في معرفة اليمين من اليسار لا يجعل عفواً، وقيل يجعل عفواً أيضاً هذا إذا عين له الإمام أو الحاكم اليمنى بأن قال له: اقطع يمين هذا، وأما إذا أطلق بأن قال له: اقطع يده ولم يعين لا يضمن القاطع باتفاق لعدم المخالفة إذ اليد تنطلق عليهما وكذا لو أخرج السارق يساره **فقال: هذه يميني لأنه قطعه بأمره**، وهذا كله إذا كان بأمر الإمام، **وأما إذا قطعه أحد** قبل أن يقضي ولم يأمر به فيجب القصاص في العمد والدية في الخطأ إتفاقاً

وكتب على قوله ما هو خير ما نصه: أي لأن البطش باليمنى أتم اهـ **قوله: (فإن قيل: اليمين لم تحصل بقطع اليسرى)** أي فلا يصح قولكم: أخلف بدل ما أتلف اهـ **قوله: (فالمتلف ليس من جنس الباقي)** لأن منفعة البطش ليست من جنس منفعة المشي اهـ **قوله: (في الصحيح)** احتراز عما ذكر الإسبيجابي في شرحه لمختصر الطحاوي حيث قال: هذا كله إذا قطع الحدّاد بأمر السلطان ولو قطع يساره غيره ففي العمد القصاص وفي الخطأ الدية اهـ فتح. **قوله: (والمراد إلخ)** تكرار محض اهـ **قوله: (فقال: هذه يميني)** فقطعها لا يضمن وإن كان عالماً بأنها يساره بالاتفاق اهـ فتح. **قوله: (لأنه قطعه بأمره)** ألا ترى أن رجلاً لو قال لآخر: اقطع يدي فقطع يده لا ضمان عليه كذا في شرح الطحاوي اهـ **قوله: (وأما إذا قطعه أحد إلخ)** قال في شرح الطحاوي: ومن وجب عليه القطع في السرقة فلم يقطع حتى قطع قاطع يمينه فهذا لا يخلو إما أن يكون قبل الخصومة أو بعد الخصومة قبل القضاء أو بعد القضاء، فإن كان قبل الخصومة فعلى قاطعه القصاص في العمد والأرش في الخطأ، وقطع رجله اليسرى في السرقة، وإن كان بعد الخصومة قبل القضاء فكذلك الجواب إلا أنه لا تقطع رجله في

ويسقط القطع عن السارق لأن مقطوع اليد لا يجب عليه القطع حداً كيلا يؤدي إلى المثله ويجب عليه ضمان ما سرق لعدم القطع حداً.

قال رحمه اللّه: (وطلب المسروق منه شرط القطع) أي طلبه المال المسروق حتى لا يقطع وهو غائب لأن الخصومة شرط لظهورها **ولا فرق بين الشهادة والإقرار في ذلك** لاحتمال أن يقر له بالملك فيسقط القطع فلا بد من حضوره/ عند الأداء [٧٣ب/٢] والقطع لتنتفي تلك الشبهة، **وكذا إذا غاب عند القطع لأن الإمضاء في الحدود من القضاء وفي البدائع** إذا أقر أنه سرق من فلان الغائب قطع استحساناً ولا ينتظر حضور الغائب وتصديقه وقيل عندهما ينتظر وعند أبي يوسف لا ينتظر وذكر في النهاية معزياً إلى المبسوط أنه لا معتبر بحضور وكيله عند الاستيفاء لأن الوكيل قائم مقامه [وشرط الحد لا يثبت بما هو قائم مقام](١) الغير، **وقال ابن أبي ليلى**: لا يشترط حضوره فيهما لأن الحد حق الله تعالى فكان من باب الحسبة كالزنا، وقال الشافعي: لا حاجة إلى حضوره في الإقرار دون البينة **لأن الشهادة تبتنى على الدعوى دون الإقرار** والحجة عليهما ما بيناه.

السرقة لأنه لما خوصم كان الواجب في اليمنى وقد فاتت فيسقط وإن كان بعد القضاء فلا ضمان على القاطع، وكان قطعه عن السرقة حتى لا يجب الضمان على السارق فيما استهلك من مال السرقة أو هلك في يده اهـ **قوله**: (**ولا فرق بين الشهادة والإقرار**) قال الإتقاني: ثم لا فرق في ظاهر الرواية عن أصحابنا بين أن تثبت السرقة بالبينة أو بالإقرار بأن أقرّ أنه سرق نصاباً من فلان وهو غائب فلا يقطع ما لم يحضر المسروق منه، وعن أبي يوسف أنه قال: أقطعه بالإقرار إن لم يكن المسروق منه حاضراً وبه أخذ الشافعي، وما ذكره في البدائع بناء على هذه الرواية اهـ **قوله**: (**وكذا إذا غاب عند القطع**) يعني لا يقطع السارق أيضاً إذا غاب المسروق منه عند القطع عندنا خلافاً للشافعي كما لا يقطع إذا كان غائباً عند الشهادة أو الحكم اهـ إتقاني. **قوله**: (**لأن الإمضاء في الحدود من القضاء**) أي ولهذا تجعل الأسباب الحادثة في الشهود كالارتداد والفسق والجنون والعمى والموت بعد القضاء قبل الإمضاء، كالحادثة قبل القضاء اهـ **قوله**: (**وفي البدائع إلخ**) هذا خلاف ظاهر الرواية اهـ **قوله**: (**وقال ابن أبي ليلى**) قال الإتقاني: وقال ابن أبي ليلى: يقطع وإن كان المسروق منه غائباً في وقت الشهادة أو الحكم اهـ **قوله**: (**لأن الشهادة تبتنى على الدعوى دون الإقرار**) ولنا أن المقر به للمقر ظاهراً ما لم يوجد التصديق من المقر له، ولهذا لو أقر لغائب ثم لحاضر جاز، فإذا كان زوال ملكه موقوفاً إلى التصديق كان أقل أحواله شبهة، والحد يندرئ بالشبهة فصار الإقرار كالشهادة حيث لا يثبت القطع إذا ثبتت السرقة بالشهود ما لم

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من المطبوع.

قال رحمه الله: (ولو مودعاً أو غاصباً **أو صاحب الربا**) أي ولو كان المسروق منه واحداً من هؤلاء يقطع بخصومته، وكذا بخصومة المستعير والمستأجر والمضارب والمستبضع **والقابض على سوم الشراء** والمرتهن والأب والوصي ومتولي الوقف وكل من له يد حافظة وقال زفر والشافعي رحمهما الله: لا يقطع إلا بخصومة المالك والخلاف بيننا وبين الشافعي مبني على أن لهؤلاء حق الخصومة في الاسترداد عندنا، وعنده ليس لهم ذلك عند جحود من في يده ما لم يحضر المالك لأن المطلوب منهم الحفظ دون الخصومة، ألا ترى أنهم لا يملكون الخصومة في الدعوى عليهم مع بقاء اليد لاستمرارها فلأن لا يملكونها مع انتفائها أولى وأحرى، وزفر رحمه الله يقول: لهم أن يخاصموا ضرورة استرداد المال إلى الحفظ الواجب عليه فلا يظهر في حق القطع، وهذا لأنهم لا يملكون الخصومة بحكم النيابة والنيابة لا تجري في الحدود لاحتمال أن يقر له به إذا حضر على ما مر، ولهذا لا يقطع بإقراره مع غيبة المسروق منه، ولأنهم يملكون الخصومة للصيانة ولو أظهرناه في حق القطع لفاتت الصيانة إذ بالقطع يبقى المال غير معصوم، ولهذا لا يضمن بالهلاك، **ولنا أن السرقة** موجبة للقطع في نفسها **وقد ظهرت عند القاضي بحجة شرعية** بناء على خصومة معتبرة فيستوفي القطع ولهؤلاء يد صحيحة وهي مقصودة كالملك فإذا أزيلت كان لهم أن يخاصموا عن أنفسهم لاستردادها أصالة لا نيابة لأنه إن كان أميناً لا يتمكن من أداء الأمانة إلا به وإن كان ضميناً لا يتمكن من إسقاط الضمان عن نفسه إلا بذلك فكان مخاصماً عن نفسه باعتبار حقه، ولهذا يستغني عن إضافة الخصومة إلى غيره بأن يقول: سرق مني بخلاف الوكيل في هذه المعاني إذا لم يكن له يد ولا يستغني عن إضافته إلى موكله ولا يخاصم باعتبار حقه فإذا كان أصيلاً في الخصومة وجب الاستيفاء عند الثبوت بلا حضرة المالك لأن القطع خالص حق الله تعالى بخلاف القصاص، وأما الإقرار فقد ذكر في البدائع أنه لا ينتظر فيه حضوره استحساناً قلنا: أن نمنع ولئن سلم ففيه شبهة زائدة وهي جواز أن يرد إقراره فتعتبر هذه الشبهة عند عدم الدعوى الصحيحة بخلاف خصومة هؤلاء على ما ذكرنا **وسقوط العصمة** ضرورة

يحضر المسروق منه لجواز التكذيب منه فكذا هنا، وكما لو قال: سرقتها ولا أعرف صاحبها اهـ إتقاني. **قوله في المتن**: (**أو صاحب الربا**) قال الإتقاني: وفسر الصدر الشهيد والعتابي صاحب الربا في شرح الجامع الصغير بمن باع عشرة دراهم بعشرين وقبض العشرين ثم جاء إنسان وسرق العشرين منه يقطع بخصومته عندنا اهـ **قوله**: (**والقابض على سوم الشراء**) أي والقابض بعقد فاسد اهـ إتقاني. **قوله**: (**لا يملكونها**) النون ثابتة في خط الشارح اهـ **قوله**: (**ولنا أن السرقة**) أي من حرز مستتم لا شبهة فيه اهـ **قوله**: (**وقد ظهرت عند

الاستيفاء ضمناً لقطع اليد فلا يكون سقوطه مضافاً إلى المودع، ولايكون [تضييعاً له بل يكون][١] صيانة بأبلغ الوجوه لأن السراق إذا علموا أنه يقطع بخصومته يمتنعون عنه وبعكسه يجترؤون عليه، ألا ترى أن الله تعالى جعل في القصاص حياة بهذا الاعتبار وإن كان هو في نفسه قتلاً **ولا معتبر بالشبهة** الموهومة باعتراض المالك لبعدها، كما إذا حضر المالك وغاب المؤتمن فإنه يقطع بخصومة المالك **في ظاهر الرواية** وإن كانت شبهة الإذن في دخول/ الحرز ثابتة، ويقطع بخصومة المالك **من السرقة** ممن ذكرنا، وعن محمد رحمه الله أنه لا يقطع بخصومة المالك حال غيبة المسروق منه لأنه لم يسرق منه فكان أجنبياً، والظاهر الأول لأن خصومته صحيحة واقعة عن نفسه لاسترداد ماله إلا أن الراهن إنما يقطع السارق بخصومته إذا كانت العين قائمة بعد قضاء دينه لأن العين إذا هلكت صار المرتهن مستوفياً لدينه **فلا مطالبة للراهن**، وكذا قبل قضاء الدين لا حق له في مطالبة العين فلا يقطع بخصومته، قال الراجي عفو ربه: **ينبغي أن يقطع** بخصومة الراهن بعد الهلاك إذا كانت قيمة الرهن أكثر من الدين وكان الفضل يبلغ نصاباً لأن له أن يطالب السارق بعد الهلاك بالفضل كالوديعة. [٢/١٧٤]

قال رحمه الله: (**ويقطع بطلب المالك** لو سرق منهم) أي لو سرق من المودع والغاصب وصاحب الربا وقد بيناه.

قال رحمه الله: (لا يطلب المالك أو السارق لو سرق من سارق بعد القطع)

القاضي بحجة شرعية) أي وهي شهادة رجلين اهـ **قوله**: (**وسقوط العصمة**) جواب لقول زفر: لأن فيه تفويت الصيانة اهـ إتقاني. **قوله**: (**ولا معتبر بالشبهة**) جواب سؤال مقدر بأن يقال: شبهة الإذن من المالك ثابتة فلا يقطع بخصومة هؤلاء فأجاب به، يعني لا اعتبار بشبهة موهوم اعتبارها بل الاعتبار لشبهة محققة، ألا ترى أنه يقطع بخصومة رب الوديعة مع غيبة المودع في ظاهر الرواية، أعني رواية الجامع الصغير مع أن فيه شبهة موهومة أيضاً بأن يقول المودع: إن حضر كان السارق ضيفاً عندي مأذوناً بالدخول في البيت، وكذا يقطع بالإقرار مع أن الشبهة متوهمة بالرجوع عن الإقرار فعلم أن الاعتبار للشبهة القائمة الموجودة في الحال لا للشبهة المتوهمة المحتملة الاعتراض اهـ إتقاني رحمه الله. **قوله**: (**في ظاهر الرواية**) أراد به رواية الجامع الصغير واحترز به عما نقل في الأجناس عن نوادر ابن سماعة عن محمد: إن غاب المستودع وحضر رب الوديعة ليس له القطع إلا بحضرة المستودع اهـ إتقاني. **قوله**: (**في السرقة**) في عبارة الشارح من بدل في اهـ **قوله**: (**فلا مطالبة للراهن**) أي بل للمرتهن اهـ كاكي. بمعناه اهـ **قوله**: (**ينبغي أن يقطع إلخ**) ذكره بلفظ ينبغي الإتقاني أيضاً في شرحه والله الموفق اهـ **قوله في المتن**: (**ويقطع بطلب المالك**) قال في كفاية البيهقي: فإن

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من المطبوع.

معناه **إذا قطع سارق بسرقة** فسرقت منه بعد القطع لم يكن له ولا لرب السرقة أن يقطع السارق الثاني لأن المال غير متقوم بعد القطع في حق الأول فلم تنعقد موجبة للقطع، وهذا لأن السرقة إنما توجب القطع إذا كانت من يد المالك أو الأمين أو الضمين ولم يوجد شيء من ذلك هنا إذ السارق الأول ليس بمالك ولا أمين ولا ضمين فلا يقطع بخلاف ما إذا سرق قبل أن تقطع يده حيث يكون له ولرب السرقة القطع على ما بينا في الغاصب ونحوه **وليس للأول ولاية الاسترداد** في رواية لأن يده ليست بصحيحة إذ هي تصح بالملك أو الأمانة أو الضمان **ولم يوجد واحد منها** وفي رواية له ذلك ليرده على المالك إذ الرد عليه واجب عليه ولا يتمكن إلا به.

قال رحمه الله: (**ومن سرق شيئاً ورده** قبل الخصومة إلى مالكه أو ملكه بعد القضاء أو **ادَّعى أنه ملكه** أونقصت قيمته من النصاب لم يقطع) أما إذا رده السارق قبل الخصومة إلى مالكه فلأن الخصومة شرط لظهور السرقة، وهذا لأن القطع وإن كان حق الله تعالى لكن ثبوته في ضمن حق العبد في المسروق ولهذا لو شهد شاهدان على رجل بالسرقة والمشهود له ينكر السرقة لا يقطع السارق وحق المسروق منه هنا

حضر المالك وغاب المودع هل يقطع بخصومة المالك فيه روايتان اهـ إتقاني. **قوله**: (**معناه إذا قطع سارق بسرقة**) أراد بالسرقة العين المسروقة إطلاقاً لاسم المصدر على المفعول كما في نسج اليمن، ونقل صاحب الأجناس عن كتاب سرقة الأصل إذا سرق من السارق رجل ولم تقطع يد السارق الأول فالقطع على السارق الثاني، ولو كان قطع يد السارق الأول لم يجب القطع على الثاني ثم قال: ذكره في الجامع الصغير ثم قال: وقال محمد في نوادر هشام: إن قطعت يد السارق الأول لم أقطع يد السارق الثاني وإن درأت القطع عن الأول لشبهة قطعت يد الثاني، وفي الإملاء عن أبي يوسف مثله إلى هنا لفظ كتابه. وذكر الطحاوي والكرخي أنه لا يقطع السارق من السارق مطلقاً، ولم يعتبر القطع الأول والحق التفصيل فإن قطع الأول لا يقطع الثاني لارتفاع عصمة المحل فكانت سرقة مال غير معصوم وإن لم يقطع الأول يقطع بخصومة الثاني، لأن الأول بمنزلة الغاصب اهـ إتقاني. **قوله**: (**وليس للأول**) أي للسارق الأول اهـ **قوله**: (**ولاية**) أي بعد قطع يده اهـ إتقاني. **قوله**: (**الاسترداد**) أي من الثاني اهـ إتقاني. **قوله**: (**ولم يوجد واحد منها**) أي فيكون الاسترداد للمالك، أما إذا درئ الحد عنه ثم سرق الثاني فلا رواية في الاسترداد عن أصحابنا، وينبغي أن يسترد لأن يده يد ضمان كالغاصب فيسترد ليتخلص عن الضمان اهـ إتقاني. وكتب ما نصه: أما أن يده ليست بيد ضمان فلانتفاء العصمة بالقطع اهـ **قوله في المتن**: (**ومن سرق شيئاً ورده**) قال في الهداية: ومن سرق سرقة فردها على المالك قبل الارتفاع إلى الحاكم لم يقطع، قال الإتقاني: وهذه من مسائل الجامع الصغير المعادة ولم يذكر الخلاف عن

لم يثبت لأن ثبوته بالبينة بناء على خصومة صحيحة، ولم توجد فلا يثبت القطع وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يقطع اعتباراً بما إذا ردها بعد المرافعة قلنا: بعد الترافع وجدت الخصومة وانتهت بالرد والشيء بانتهائه لا يبطل بل يتقرر ويتأكد فتكون موجودة حكماً وتقريراً وهذا ظاهر فيما إذا رد بعد القضاء بالقطع، وكذا إذا ردها بعد ما شهد الشهود قبل القضاء استحساناً لأن السرقة قد ظهرت عند القاضي بما هو حجة بناء على خصومة معتبرة ولو ردها على ولده أو ذي رحمه إن لم يكن في عيال المسروق منه يقطع لعدم الوصول إليه حقيقة وحكماً، ولهذا يضمن المودع والمستعير بالدفع إليهم وإن كانوا في عياله فهو كرده إلى المسروق منه فلا يقطع إن كان قبل المرافعة لوجود الوصول إليه قبل الخصومة، ولهذا لو رد المودع والمستعير عليه لا يضمن والوكيل بقبض الدين إذا وكل من في عياله فقبض يبرأ المدين بقبضه، وكذا لو ردّ على امرأته أو أجيره مسانهة أو مشاهرة أو عبده، **ولو رده إلى والده** أو جده أو والدته أو جدته وليس في عياله لا يقطع لأن لهؤلاء شبهة الملك فيثبت به شبهة الرد وشبهة الرد كالرد، ولو دفع إلى عيال هؤلاء يقطع لأنه شبهة الشبهة وهي غير معتبرة، **ولو دفع إلى مكاتبه/ لا يقطع** لأنه عبده ولو سرق من مكاتب ورده على مولاه [٧٤ب/٢] لا يقطع لأن ماله له رقبة، ولو سرق من العيال ورد إلى من يعولهم لا يقطع لأن يده عليهم فوق أيديهم في ماله، وأما إذا ملكه السارق بعد القضاء بالقطع **فلأن الإمضاء من القضاء في الحدود**، وقد اعترض ما يوجب فقد شرطه وهو انقطاع الخصومة فيمتنع

أصحابنا في ظاهر الرواية، وروي عن أبي يوسف أنه يقطع، وقال الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير وهو قول ابن أبي ليلى: إذا رد قبل أن يرفع إلى القاضي أو بعدما رفع لا يسقط القطع، ووجهه أن القطع حق الله تعالى فلا يحتاج فيه إلى الخصومة قياساً على حد الزنا وقياساً على ما بعد المرافعة، وهذا هو القياس ووجه الاستحسان أن حق الله تعالى يثبت في ضمن حق العبد وحق العبد لا يثبت بدون الخصومة، وقد ارتفعت الخصوم برد المسروق إلى المالك، فلما لم يثبت حق العبد لم يثبت ما في ضمنه، بخلاف ما إذا رد بعد المرافعة لأنه فعل ما يفعله الحاكم لأن الحاكم يقطع ويرد المال إلى مالكه إن كان قائماً فلا يكون فائدة في رد السارق فلا يسقط القطع قياساً واستحساناً اهـ **قوله**: (**أو ادَّعى أنه ملكه**) أي وإن لم يقم بينة اهـ **قوله**: (**ولو ردَّه إلى والده إلخ**) أما المودع يضمن بالرد إلى هؤلاء والغاصب لا يبرأ اهـ إتقاني. **قوله**: (**ولو دفع إلى مكاتبه لا يقطع**) أي استحساناً، وإن لم يكن في عياله لأن للمولى حقاً اهـ إتقاني. **قوله**: (**فلأن الإمضاء من القضاء في الحدود**) أي فالملك الحادث في هذه الحالة كالملك الحادث قبل القضاء لأن القاضي لما لم يمض صار كأنه لم يقض فلا يستوفى القطع كما قبل القضاء، وهذا لأن القاضي لا يخرج عن عهدة

الإمضاء كما يمتنع القضاء كتغير أوصاف الشهود بالعمى والخرس والردة والفسق في هذه الحالة بخلاف رده إلى المالك لأنه يؤكد الخصومة فيتمها لحصول مقصودها فتبقى تقديراً، وأما التمليك فيضاد مقصودها إذ لا يخاصم أحد ليملك وإنما يخاصم ليسترد فيقطعها، وعن أبي يوسف أنه يقطع وهو قول زفر والشافعي: لأن السرقة وقعت موجبة للقطع لاستجماع شرائطها، وقد ظهرت عند القاضي بدليلها ولا أثر للعارض في إيراث الخلل في الظهور، أو الوجوب لأن الهبة ونحوها من أسباب الملك توجب ملكاً حادثاً فلا يمتنع به الاستيفاء كالرد على المالك، ونحن بينا الوجه والفرق بينهما فلا نعيده، فإن قيل: إذا تزوج بمن زنى بها يحد فلولا أن العارض كالعدم لما حد، قلنا: بعد التسليم [الحد باعتبار](١) ما استوفى من منافع البضع وهو متلاش والقطع باعتبار العين وهو باق، وأما إذا ادَّعى السارق أن العين المسروقة ملكه **فمعناه** بعد ما شهد الشاهدان بالسرقة عليه، وقال الشافعي رحمه الله: لا يسقط عنه الحد بمجرد الدعوى ما لم تقم بينة لأنه لا يعجز عنه سارق فيؤدّي إلى سدّ باب الحد، ولنا أن الشبهة دارئة وتتحقق بمجرّد الدعوى للاحتمال، ولا معتبر بما قال: **فإن المقر إذا رجع صح وإن كان لا يعجز عنه سارق**، وأما إذا نقصت قيمة العين المسروقة

القضاء في باب الحدود بمجرد قوله: قضيت بل بالاستيفاء جلداً أو رجماً أو قطعاً فلا جرم كان الإمضاء من القضاء بخلاف حقوق العباد فإن ثمة بمجرد قوله: قضيت يخرج عن عهدة القضاء ولأن السارق لو قطع بعد الملك قطع في ملك نفسه اهـ قال في الهداية: وإذا قضى رجل على رجل بالقطع في سرقة فوهبت له لم يقطع. قال الإتقاني: قال في الهداية: معناه إذا سلمت يعني إلى السارق، وإنما فسره لأن الهبة إذا لم تتصل بالتسليم والقبض لا يثبت الملك وهذه من خواص الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل سرق سرقة فقضى القاضي بالقطع، ثم وهب رب السرقة السرقة إلى السارق قال: يدرأ عنه القطع، قال الإمام علاء الدين العالم في طريقة الخلاف: قال علماؤنا رضي الله عنهم: السارق إذا ملك المسروق بعد القضاء قبل الاستيفاء بالهبة وغيرها من أسباب الملك لا يجوز استيفاء القطع، وقال زفر والشافعي: يجوز وأجمعوا على أنه لو ملكه قبل الخصومة لا يجوز استيفاء القطع ولو ملكه بعد الخصومة قبل القضاء، عندنا لا يجوز للشافعي فيه قولان إلى هنا لفظه اهـ **قوله**: (**فمعناه إلخ**) وإنما فسر به ليخرج ما إذا أقر بالسرقة ثم رجع فقال: لم أسرق بل هو ملكي فإنه لا يقطع بالإجماع، ولكن يلزمه المال اهـ فتح. **قوله**: (**فإن المقر إذا رجع صح**) أي إجماعاً اهـ فتح. **قوله**: (**وإن كان لا يعجز عنه سارق**) أي على أنه ممنوع فإن من يعلم هذا من السراق أقل من القليل كالفقهاء وهم لا يسرقون اهـ

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من المطبوع.

عن النصاب فالمراد به النقصان من حيث السعر بعد القضاء قبل القطع لا من حيث نقصان العين بأن كانت قيمته يوم سرق عشرة دراهم، ويوم القطع أقل فإنه لا يقطع وعن محمد رحمه الله أنه يقطع وهو قول زفر والشافعي: لأن النصاب تم عند الأخذ وهو المعتبر فنقصانه بعد ذلك لا يوجب خللاً فيه **كما في النقصان في العين**، ولنا أن النصاب لما كان شرطاً شرط قيامه عند الإمضاء على ما بينا من قبل بخلاف نقصان القيمة لنقصان العين لأن العين مضمونة على السارق **فكمل النصاب عيناً وديناً**، ونقصان السعر ليس بمضمون على السارق لأنه يكون بفتور الرغبات ومثله لا يكون مضموناً على أحد.

قال رحمه الله: (ولوأقر ابسرقة ثم قال أحدهما هو مالي لم يقطعا) أي لو أقر رجلان بسرقة ثم قال أحدهما: المسروق مالي لم يقطع واحد منهما سواء ادَّعى قبل القضاء أو بعده قبل الإمضاء لأن السرقة ثبتت على الشركة وبطل الحد عن أحدهما برجوعه لأنه أنكر السرقة بعد الإقرار بها فكان رجوعاً في حقه وأورث شبهة في حق الآخر لاتحاد السرقة بخلاف ما لو قال: سرقت أنا وفلان كذا وفلان ينكر حيث يقطع المقر لعدم الشركة بتكذيبه، وفيه خلاف أبي يوسف هو يقول: أنه أقر بفعل مشترك [فلا يثبت غير مشترك وقد بطلت الشركة فلا يثبت ولهما أن الشركة لما][1] لم تثبت بإنكار الآخر صار فعله كالعدم وعدم فعله لا يخل بالموجود منه كقوله: قتلت أنا وفلان فلاناً وقال الآخر: ما قتلت يقاد المقر وحده وكقوله: زنيت أنا وفلان بفلانة وكذبه الآخر حد المقر وحده.

قال رحمه الله: (ولو سرقا وغاب أحدهما وشهد على سرقتهما قطع الآخر) **أي الحاضر** وكان أبو حنيفة رحمه الله تعالى أولاً يقول: لا يجب عليه القطع لأن الغائب ربما يدعي الشبهة عند حضوره **ثم رجع وقال**: **يقطع** لأن سرقة الحاضر تثبت بالحجة

فتح. **قوله**: (**كما في النقصان في العين**) أي فإنه إذا كانت ذات العين ناقصة وقت الاستيفاء والباقي منها لا يساوي عشرة يقطع بالاتفاق اهـ فتح. **قوله**: (**فكمل النصاب عيناً وديناً**) أي وصار كما لو كان السارق استهلكه كله فإنه يقطع به لقيامه إذ ذاك ثم يسقط ضمانه اهـ كمال. **قوله**: (**أي الحاضر**) ثم إذا جاء الغائب لم يقطع بالشهادة الأولى حتى تعاد تلك البينة أو غيرها فحينئذ يقطع لأن تلك البينة في حق الغائب غير معتبرة لأنها قامت بغير خصم، إذ الحاضر لا ينتصب خصماً عنه إما لأن النيابة لا تجري في الخصومة في الحدود أو لأنه ليس من ضرورة ثبوت السرقة على الحاضر ثبوتها على الغائب كذا في المبسوط اهـ كاكي. **قوله**: (**ثم رجع وقال: يقطع**) أي وهو قولهما وقول الأئمة الثلاثة اهـ فتح.

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من المطبوع.

فلا يعتبر الموهوم/ لأنه لوحضر وادعى كان شبهة واحتمال الدعوى شبهة الشبهة فلا يعتبر. [٧٥/أ/٢]

قال رحمه اللّه: (**لو أقر عبد بسرقة قطع** وترد السرقة إلى المسروق منه) وهذا على إطلاقه قول أبي حنيفة رحمه الله وقوله: وترد السرقة يعني إذا كانت قائمة وإن كانت هالكة لا يضمن على ما يجيء من قريب، وقال أبو يوسف ومحمد: إن كان العبد مأذوناً له أو مكاتباً وكان المال المسروق مستهلكاً فكما قال أبو حنيفة رحمه الله، وإن كان محجوراً عليه والمال قائم في يده **فعند أبي يوسف يقطع** والمال للمولى إلا أن يصدقه المولى، فيدفع إلى المسروق منه، وقال محمد: لا يقطع والمال للمولى إلا أن يصدقه المولى، **وقال زفر رحمه الله: لا يقطع في الوجوه كلها** والمال للمولى إلا أن يكون مأذوناً له في التجارة فيصح إقراره في المال أو يصدقه المولى لأن إقراره بالقطع يتضرر به المولى فلا يقبل إقراره عليه، قلنا: صحة إقراره من حيث إنه آدمي ثم

وكذا إذا أقر بالسرقة مع فلان الغائب لا يقطع في قوله الأول ويقطع في قوله الآخر وهو قول باقي الأئمة اهـ فتح. **قوله في المتن: (ولو أقر عبد بسرقة قطع إلخ)** قال الكمال: حاصل وجوه هذه المسألة أربعة لأن العبد المقر بالسرقة إما مأذون له أو محجور عليه، وفي كل منهما إما أن يقر بسرقة مستهلكة أو قائمة فالمأذون له إذا أقر بسرقة هالكة يقطع عند الثلاثة ولا ضمان مع القطع، وقال زفر: لا يقطع ولكن يضمن المال وإن أقر بسرقة قائمة قطع عند الثلاثة وهذا قول المصنف، ولو كان مأذوناً قطع في الوجهين ويرد المال للمقر سواء صدقه المولى أو كذبه وقال زفر: لا يقطع ولكن يرد المال وإن كان العبد محجوراً فإن أقر بسرقة هالكة قطعت يده عند الثلاثة وقال زفر: لا يقطع وإن أقر بسرقة قائمة فقال زفر: لا يقطع فظهر أن قول زفر: لا يقطع في شيء وهو ما ذكره المصنف بقوله. وقال زفر: لا يقطع في الوجوه كلها أي فيما إذا كان العبد محجوراً والإقرار بهالكة أو قائمة أو مأذوناً والإقرار بهالكة أو قائمة واختلف علماؤنا الثلاثة في هذه أعني في إقرار المحجور بقائمة في يده فقال أبو حنيفة: يقطع وتردّ لمن أقر له بسرقتها منه، وقال أبو يوسف: يقطع والسرقة لمولاه، وقال محمد: لا يقطع والسرقة لمولاه ويضمن مثله أو قيمته بعد العتاق للمقر له اهـ فتح. **قوله: (فعند أبي يوسف يقطع)** قال الكمال: ومعنى المسألة إذا أكذبه المولى في إقراره، وقال: المال مالي أما إذا صدقه فلا إشكال في القطع ورد المال للمقر به اتفاقاً هذا كله إذا كان العبد كبيراً وقت الإقرار فإن كان صغيراً فلا قطع عليه أصلاً وهو ظاهر غير أنه إن كان مأذوناً يرد المال إلى المسروق منه إن كان قائماً وإن كان هالكاً يضمن وإن كان محجوراً فإن صدقه المولى يرد المال إلى المسروق منه إن كان قائماً ولا ضمان عليه إن كان هالكاً ولا بعد العتق اهـ **قوله: (وقال زفر: لا يقطع في الوجوه كلها)** أي فيما إذا كان العبد

يتعدى إلى المالية في ضمنه فيصح إذ لا تهمة فيه، ألا ترى إلى قوله: يقبل في هلال رمضان لعدم التهمة وكذا لو أقر المأذون له في التجارة بالدين أو أقر الحر المديون بالدين يقبل لعدم التهمة فكذا هذا، ولمحمد أن إقرار المحجور عليه في المال باطل، ولهذا لا يصح إقراره بالغصب وما في يده للمولى فلا يقطع به **بخلاف المستهلك** يحققه أن المال أصل فيها والقطع تابع حتى تسمع الخصومة فيه بدون القطع ويثبت المال بدون القطع، كما إذا شهد رجل وامرأتان أو أقر ثم رجع دون عكسه فإذا بطل في حق الأصل بطل في التبع [بخلاف](١) المأذون له لأن إقراره بما في يده من المال صحيح فيصح في حق القطع تبعاً، وبخلاف إقراره بالمستهلك لأن ملك المولى لم يظهر فيه ليرد ولأبي يوسف أنه أقر على نفسه بالقطع فيصح وعلى المولى بالمال لأن ما في يد العبد لمولاه فلا يصح، والقطع قد يجب بدون المال، كما إذا قال: الثوب الذي مع عمرو سرقته من زيد فإنه يقطع ولا يصدق إقراره في حق الثوب وكما لو أقر بسرقة مال مستهلك، ولأبي حنيفة رحمه الله أن الإقرار بالقطع قد صح منه لكونه آدمياً وصحته لعدم التهمة فيصح بالمال بناء عليه لأن الإقرار يلاقي حالة البقاء والمال فيها تابع للقطع حتى تسقط عصمة المال باعتبار القطع ويستوفى القطع بعد هلاك المال، بخلاف مسألة الحر لأن القطع يجب بالسرقة من المودع ولا يقطع العبد بمال مولاه أبداً، فحاصل هذا الخلاف راجع إلى أن المال أصل أو القطع أو كلاهما فعند أبي حنيفة رحمه الله القطع هو الأصل والمال تبع وعند محمد المال هو الأصل فلا يثبت القطع بدونه وعند أبي يوسف كلاهما أصل، وحكى الطحاوي أن الأقاويل الثلاثة مروية عن أبي حنيفة فقوله الأول أخذ به محمد. والثاني أخذ به أبو يوسف. وهي نظير أقواله في الحملان [فعدّت](١) من مناقبه رضي الله عنهم أجمعين.

قال رحمه الله: (ولا يجتمع قطع وضمان وترد العين لو قائماً) معناه إذا قطع السارق وكانت السرقة قائمة في يده ترد على صاحبها لقيام ملكه فيها، وإن كانت هالكة لا يضمن السارق وإن استهلكها فكذلك في رواية أبي يوسف عن أبي حنيفة رحمه الله، **وهو المشهور** وفي رواية أبي الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله يضمن، وعن ابن سماعة عن محمد أنه يفتى بأداء القيمة لأنه أتلف مالاً محظوراً بغير حق ولا

محجوراً أو مأذوناً والمال قائم أو هالك اهـ كاكي. **قوله: (بخلاف المستهلك)** أي حيث يقطع فيه عنده وعندهما اهـ **قوله: (وهو المشهور)** أي ويشهد له الحديث الذي يأتي لا غرم على سارق بعد ما قطعت يمينه فإنه لم يفصل بين الهلاك والاستهلاك والله الموفق اهـ

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من المطبوع.

يحكم به لأنه يؤدي إلى إيجاب ما ينافي القطع وكذلك في قاطع الطريق إذا أخذ مالاً أو قتل نفساً يفتى بأداء الضمان والدية، وكذا الباغي لأن السبب قد انعقد وتعذر الحكم لعارض فلا يعتبر في حق الفتوى، **وفي الكافي هذا** إذا كان بعد القطع وإن كان قبل القطع فإن قال المالك: أنا/ أضمنه **لم يقطع** عندنا، وإن قال: أنا أختار القطع [٧٥ب/٢] يقطع ولا يضمن، وقال مالك: إن كان السارق صاحب مال يضمن وإلا فلا نظراً للجانبين، قلنا: المضمون لا يختلف بين أن يكون موسراً أو معسراً **وإنما يؤثر الإعسار في التأخير لا غير**، وقال الشافعي: يضمن سواء هلك أو استهلكه فحاصله أن القطع والضمان لا يجتمعان عندنا كالحد مع العقر وعنده يجتمعان، لأنهما حقان اختلفا محلاً ومستحقاً وسبباً لأن محل القطع اليد ومستحقه هو الله تعالى وسببه الجناية على حق الله تعالى، وهو ترك الانتهاء عما نهى عنه ومحل الضمان الذمة ومستحقه المسروق منه وسببه إثبات اليد على مال الغير على وجه العدوان، فوجوب أحدهما لا يمنع وجوب الآخر كالدية مع الكفارة في القتل خطأ، وكالقيمة مع الجزاء في قتل صيد مملوك في الحرم وكإيجاب القيمة مع الحد في شرب خمر الذمي، ولنا ما روى عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه أنه عليه الصلاة والسلام قال: «لا غرم على سارق بعدما قطعت يمينه»[١] ولأنا لو ضمناه ينتفي وجوب القطع لما عرف أن ضمان العدوان يوجب ملك المضمون من وقت الأخذ ضرورة أن لا يجتمع البدلان في ملك شخص واحد فيتبين أنها وردت على ملكه، وأن القطع كان بغير حق لأنه لا يقطع على أخذ مال نفسه فكان القول به باطلاً، ولأن القطع خالص حق الله تعالى فلا يجب إلا بجناية واقعة على حقه خالصاً بلا شبهة وذلك بأن يكون معصوماً لله تعالى ليس للعبد فيه حق كالخمر والميتة فلا يضمن ولو بقي له حق لكان مباحاً لذاته حراماً لغيره وهو لحق مالكه فكان حراماً من وجه دون وجه فيسقط الحد للشبهة فيصير حراماً حقاً للشرع فقط، كالزنى فلا يضمن إلا أن هذه العصمة وهي كونه معصوماً لله تعالى لايظهر في حق شخص آخر حتى يضمنه بالإتلاف لعدم الضرورة

قوله: (وفي الكافي هذا) أي عدم وجوب الضمان اهـ **قوله: (لم يقطع)** سيأتي عند قوله: ولو شق ما سرق إلخ أنه إن اختار تضمين القيمة وترك الثوب عليه لا يقطع بالاتفاق لأنه ملكه مستنداً إلى وقت الأخذ فصار كما إذا ملكه بالهبة بل أولى لاستناده واقتصار الهبة اهـ وكتب ما نصه: قال الكمال :لأنه يتضمن رجوعه عن دعوى السرقة إلى دعوى المال اهـ **قوله: (وإنما يؤثر الإعسار في التأخير لا غير)** قال الكمال: ولا خلاف إن كان باقياً أنه

---

(١) ذكره الزيلعي في نصب الراية (٣/٣٧٥).

في حقه، وكذا في حق السارق بالنسبة إلى الاستهلاك لأنه فعل آخر غير السرقة فلا ضرورة إليه في حقه، وكذا الشبهة الدارئة للحد تعتبر فيما هو السبب وهو السرقة دون غيره فلا يضرنا جعله معصوماً لحق العبد بالنسبة إلى الاستهلاك إذ لا يؤدي إلى انتفاء القطع باعتباره مالاً في حقه كما في حق الأجنبي، ووجه المشهور أن الاستهلاك إتمام المقصود فتعتبر الشبهة فيه بمعنى أنه لو كان معصوماً لحق العبد في حق الاستهلاك لأدى إلى سقوط القطع، وكذا ظهر سقوط العصمة في حق الضمان حتى لا يجب عليه ضمانه لأنه لو لم يسقط في حقه يلزم أن يجب مال معصوم بمقابلة مال غير معصوم ولا متقوم فانتفى الضمان لانتفاء المماثلة، كما لا يجب باستهلاك المنافع لهذا المعنى، ولا نسلم أن هنا سببين بل هو سبب واحد وهو سرقة مال متقوم لصيانة أموال الناس لا غير فلا يجب حقان مختلفان بسبب واحد كالقصاص مع الدية، بخلاف ما استشهد به لأن هناك سببين مختلفين لأن ما يجب من الجزاء حقاً لله تعالى لا تعلق له بكون المحل معصوماً مملوكاً، ألا ترى أنه لو قتل صيداً غير مملوك أو صيد نفسه أو شرب خمر نفسه أو قتل عبد نفسه تجب هذه الأجزية حقاً لله تعالى، وحق العبد فيه متعلق بالمحل بدلاً عنه فتعدد الموجب لتعدد السبب فافترقا، فإن قيل متى انتقلت العصمة حقاً لله تعالى إن قلتم: قبل السرقة ففيه سبق الحكم على السبب، وإن قلتم: بعد السرقة فهذا غير مفيد لأن السبب صادف محلاً محترماً حقاً للمالك، وإن قلتم: مع السرقة فهو باطل أيضاً لأن السرقة وقت الوجود ليست بموجودة فكيف يوجد حكمها، قلنا/ : انتقلت العصمة قبيل السرقة متصلاً بالسرقة [٧٦/أ/٢] لتنعقد السرقة موجبة للقطع، ويجوز سبق الحكم على السبب إذا كان ذلك الحكم شرط صحة ذلك السبب كما في قوله: أعتق عبدك عني بألف درهم فقال: أعتقت يثبت الملك مقتضى للعتق سابقاً عليه ضرورة صحة العتق عنه فكذا هذا، فإن قيل إذا انتقلت العصمة ولم يبق حق المالك فكيف يشترط خصومته، قلنا: ما شرط المالك لذاته بل لإظهار السرقة وليتمكن الإمام من القطع حتى لو وجدت الخصومة من غير مالك اكتفى به على ما مر.

قال رحمه الله: (ولو قطع لبعض السرقات لا يضمن شيئاً) يعني لو سرق سرقات فقطع في إحداها فهو لجميعها ولا يضمن شيئاً وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا: يضمن كلها إلا في التي قطع لها ولو حضروا جميعاً وقطعت يده بخصومتهم لا يضمن شيئاً بالاتفاق لهما في الخلافية أن المسقط للضمان القطع وهو حصل للحاضر لأنه لا يستوفى إلا بخصومته، وإثباته عند القاضي ولم يوجد

يرد على المالك، وكذا لو باعه أو وهبه يؤخذ من المشتري والموهوب له اهـ **قوله:**

ذلك من غيره فيقطع له خاصة إذ ليس بنائب عنهم فبقيت أموالهم معصومة على حالها، ولهذا لو حضروا وادَّعوا السرقة لم يأخذوها حتى يقيموا البينة على السرقة ولو كانت خصومته للكل **لأخذوها كما يأخذ هو**، **وله أن الواجب** بالكل قطع واحد حقاً لله تعالى لأن مبنى الحدود على التداخل والخصومة شرط لظهورها عند القاضي، وعند من له الحق ليعلم لا لوجوب القطع إذ هو بالجناية وصاحب الحق هو الله تعالى وهو لا يخفى عليه خافية فلا حاجة إلى القضاء بل إلى الاستيفاء، فإذا استوفى كان للكل لعود منفعته إلى الكل بخلاف المال لأنه حق العبد فتشترط الخصومة منه، ولأن القطع متحد فيكون القضاء به للكل بخلاف الأموال فإن قيل: الخصومة شرط ليصير الخصم باذلاً للمال ولهذا لو اختار التضمين لا يقطع ولا يصح البذل من واحد عن الكل، قلنا: بذل المال بسقوط عصمته أمر شرعي يثبت بنا على استيفاء القطع لا باختيار العبد، ألا ترى أنه يستوفيه الحاكم بخصومة من لا يملك البذل كالأب والوصي والمكاتب والعبد المأذون له وعلى هذا الخلاف إذا سرق من واحد نصباً مراراً ثم قطع لأجل نصاب واحد.

قال رحمه الله: (ولو شق ماسرق في الدار ثم أخرجه قطع) وذلك مثل أن يسرق ثوباً وشقه نصفين قبل أن يخرجه من الدار ثم أخرجه وقيمته عشرة دراهم بعد الشق **فإنه يقطع**، وقال أبو يوسف: لا يقطع لأنه أحدث فيه سبب الملك وهو الخرق الفاحش فإنه يوجب القيمة فيملك المضمون فصار كالمشتري إذا سرق مبيعاً فيه خيار البائع ثم فسخ البيع ولهما أن الشق ليس بسبب موضوع للملك شرعاً وإنما هو سبب للضمان وإنما يثبت الملك ضرورة أداء الضمان كيلا يجتمع البدلان في ملك واحد ومثله لا يورث الشبهة كالأخذ نفسه وكما إذا سرق البائع معيباً باعه بخلاف ما استشهد به لأن البيع موضوع لإفادة الملك وهذا الخلاف فيما إذا اختار تضمين

(**لأخذوها كما يأخذ هو**) أي فلو وجب الضمان عليه لاجتمع قطع وضمان اهـ كافي. **قوله**: (**وله أن الواجب إلخ**) قال في الكافي: وله أن القطع وجب عن السرقات كلها فيبطل ضمان كلها كما لو خاصموا جميعاً، وهذا لأن الحد عند تقدم أسبابه يقع عن الكل لعدم رجحان البعض عن البعض وكل السرقات ثابتة في علم الله تعالى والقطع يستوفى حقاً له، ولا يجب بالسرقات إلا قطع واحد للتداخل فيقع عن الكل في علمه تعالى إلا أن القاضي لا علم له بسائر السرقات فظن أن القطع بإزاء الواحدة فإذا ثبت الباقي في السرقات بالبينات بان له أن القطع بإزاء الكل والخصومة شرط لظهورها عند القاضي لا لوجوبها، فإذا خاصم الواحد وأثبت وضح التكليف للقاضي بالقطع والمستوفى يصلح للكل والكل واجب في الحقيقة فيقع عن الكل لعود نفعه إلى الكل اهـ **قوله**: (**فإنه يقطع**) أي وإن كان لا يساوي

النقصان وأخذ الثوب وإن اختار تضمين القيمة وترك الثوب عليه لا يقطع بالاتفاق لأنه ملكه مستنداً إلى وقت الأخذ فصار كما إذا ملكه بالهبة بل أولى لاستناده واقتصار الهبة وهذا إذا كان النقصان فاحشاً وإن كان يسيراً قطع بالإجماع لانعدام سبب الملك لعدم اختيار تضمين كل القيمة وترك الثوب عليه ثم يضمن النقصان مع القطع هنا **وكذا إذا كان الخرق فاحشاً** واختار أخذ الثوب وتضمين النقصان **ولا يمتنع هذا التضمين** بالقطع لأن ضمان النقصان وجب بإتلاف ما فات قبل الإخراج/ [٧٦ب/٢] والقطع بإخراج الباقي فلا يمتنع كما لو أخذ ثوبين فأحرق أحدهما في البيت وأخرج الآخر وقيمته نصاب، وذكر الخبازي أن الصحيح أنه لا يضمن النقصان لأنه ضمان هذا الثوب فيكون كأنه ملك ما ضمن فيكون مشتركاً بينهما فينتفي القطع، وتكلموا في الفرق بين الفاحش واليسير فقيل: إن أوجب الخرق نقصان ربع القيمة فصاعداً فهو فاحش وما دونه يسير، وقيل: ما لا يصلح الباقي لثوب ما فهو فاحش واليسير ما يصلح وقيل: ما ينقص به نصف القيمة فاحش وما دونه يسير وما فوقه استهلاك لأن للأكثر حكم الكل والصحيح أن الفاحش ما يفوت به بعض العين وبعض المنفعة واليسير ما لا يفوت به شيء من المنفعة بل يتعيب به فقط، وهذا الخيار يثبت ما لم يكن إتلافاً وإذا كان إتلافاً فله تضمين جميع القيمة من غير خيار ويملك السارق الثوب ولا يقطع، وحد الإتلاف أن ينقص أكثر من نصف القيمة.

عشرة دراهم بعده لم يقطع اتفاقاً اهـ كافي. **قوله: (وكذا إذا كان الخرق فاحشاً)** قال في الكافي فإن قيل: قد أوجبتم مع القطع ضمان النقصان وهما لا يجتمعان قلنا: إنما لا يجتمعان كيلا يؤدي إلى الجمع بين أجزاء الفعل، وبدل المحل في جناية واحدة وهنا لا يؤدِّي إذ القطع يجب بالسرقة وضمان النقصان بالخرق والخرق ليس من السرقة في شيء اهـ **قوله: (ولا يمتنع هذا التضمين)** هذا جواب عن سؤال مقدر تقدير السؤال أن يقال: كيف جمع أبو حنيفة ومحمد بين القطع وضمان الشق وقد تقدم من أصل أصحابنا أن القطع والضمان لا يجتمعان فأجاب عن ذلك بأن ما فات عن الشق صار هالكاً قبل الإخراج فالقطع لم يقع له، فلا ينتفي الضمان ولا يمتنع القطع اهـ قال الكمال رحمه الله: واستشكل على هذا الجواب الاستهلاك على ظاهر الرواية فإنه فعل غير السرقة مع أنه لا يجب به الضمان لأن عصمة المسروق تسقط بالقطع فكذا هنا عصمة المسروق تسقط بالقطع، فينبغي أن لا يجب ضمان النقصان وعن هذا قال في الفوائد الخبازية: وفي الصحيح لا يضمن النقصان كيلا يجتمع القطع مع الضمان ولأنه لو ضمن النقصان يملك ما ضمنه فيكون هذا كثوب مشترك بينهما، فلا يجب القطع لكنه يجب بالإجماع فلا يضمن النقصان والحق ما ذكر في عامة الكتب الأمهات أنه يقطع ويضمن النقصان والنقص بالاستهلاك غير

قال رحمه اللّه: (ولو سرق شاة فذبحها وأخرجها لا) أي **لا يقطع** لأن السرقة تمت على اللحم **ولا قطع فيه**.

قال رحمه اللّه: (ولو صنع المسروق دراهم أو دنانير قطع وردها) أي لو سرق ذهباً أو فضة قدر ما يجب فيه القطع فصنعه دراهم أو دنانير [قطع ورد الدراهم والدنانير][(١)] إلى المسروق منه، **وهذا عند أبي حنيفة** رحمه الله. **وقالا: لا سبيل للمسروق منه عليها** وأصل هذا الخلاف في الغصب **في أن الغاصب** هل يملك الدراهم والدنانير بهذه الصنعة أم لا بناء على أنها متقومة أم لا، فعنده لا يملك لأنها لا تتقوم **وعندهما يملك لتقومها** ثم وجوب القطع عنده لا يشكل لأنه لم يملكها على قوله، وقيل: على قولهما لا يجب القطع **لأنه ملكه قبل القطع وقيل: يجب** لأنه صار بالصنعة شيئاً آخر **فلم يملك عينه**، وعلى هذا الخلاف إذا اتخذه حلياً أو آنية.

وارد لأن الاستهلاك هنا بعد السرقة بأن سرق واستهلك المسروق وما نحن فيه ما إذا نقص قبل تمام السرقة فإن وجوب قيمة ما نقص ثابت قبل السرقة ثم إذا أخرجه من الحرز كان المسروق هو الناقص، فالقطع حينئذ بذلك المسروق الناقص ولم يضمنه إياه، ألا ترى إلى قول الإمام فخر الدين قاضيخان: فإن كان الخرق يسيراً يقطع ويضمن النقصان، أما القطع فلأنه أخرج نصاباً كاملاً من الحرز على وجه السرقة، وأما ضمان النقصان فلوجود سببه وهو التعيب الذي وجد قبل الإخراج الذي به تتم السرقة ووجوب ضمان النقصان لا يمنع القطع لأن ضمان النقصان وجب بإتلاف ما فات قبل الإخراج والقطع بإخراج الباقي فلا يمنع كما لو أخذ ثوبين وأحرق أحدهما في البيت وأخرج الآخر وقيمته نصاب، وأما قول الباحث: يملك ما ضمنه فيكون كثوب مشترك إلخ فغلط لأن عند السرقة وهو الإخراج ما كان له ملك في المخرج فإن الجزء الذي ملكه بالضمان هو ما كان قبل السرقة وقد هلك قبلها وحين وردت السرقة وردت على ما ليس فيه ذلك الجزء المملوك له اهـ **قوله**: (**لا يقطع**) أي وإن كانت قيمتها مذبوحة عشرة دراهم اهـ **قوله**: (**ولا قطع فيه**) أي لكنه يملك قيمتها للمسروق منه اهـ فتح. **قوله**: (**وهذا عند أبي حنيفة**) وبه قالت الثلاثة اهـ فتح. **قوله**: (**وقالا: لا سبيل للمسروق منه عليها**) أي وهل يقطع عندهما يذكر قريباً اهـ **قوله**: (**في أن الغاصب**) أي إذا غصب نقرة فضة فضربها دراهم اهـ **قوله**: (**وعندهما يملك لتقومها**) وجه قولهما أن هذه الصنعة مبدلة للعين كالصنعة في الصفر والحديد بأن غصب حديداً أو صفراً فجعله سيفاً أو آنية وكذا الاسم كان تبراً ذهباً فضة صار دراهم دنانير وله أن هذه الصنعة في الذهب والفضة ولو تقومت وبدلت الاسم لم تعتبر موجودة شرعاً بدليل أنه لم يتغير بها حكم الربا حتى لا يجوز بيع آنية وزنها عشرة فضة بأحد عشر فضة وقلبه فكانت العين كما كانت

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من المطبوع.

قال رحمه الله: (**ولو صبغه أحمر** فقطع لا يرد ولا يضمن) أي لو سرق ثوباً فصبغه أحمر فقطع لا يجب عليه رده ولا ضمانه، وهكذا ذكره في المحيط والكافي ولفظ صاحب الهداية: وإن سرق ثوباً فقطع فصبغه أحمر لم يؤخذ منه الثوب [ولا يضمن بتأخير الصبغ عن القطع ولفظ محمد رحمه الله سرق الثوب][1] فقطع يده وقد صبغ الثوب أحمر إلخ دليل على أنه لا فرق بين أن يصبغه قبل القطع أو بعده، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله، **وقال محمد**: **يؤخذ منه الثوب** ويعطى ما زاد الصبغ فيه لأن عين ماله قائم من كل وجه وهو أصل والصبغ تبع فكان اعتبار الأصل أولى كما في الغاصب، ولهما أن صبغ السارق في الثوب **قائم صورة ومعنى** وحق صاحب الثوب قائم صورة لا معنى **حتى إذا هلك عنده أو استهلكه لا يجب عليه الضمان**، فكان حق السارق أحق بالترجيح كالموهوب له إذا صبغه **انقطع حق المالك** لما قلنا بخلاف الغصب لأن حق كل واحد منهما قائم من كل وجه **فرجحنا جانب الأصل دون التبع**، فإن قيل: إذا انقطع حق المالك وجب أن يملكه السارق من حين سرق فيمتنع القطع، قلنا: يجب القطع باعتبار الثوب الأبيض وهو لم يملكه أبيض بوجه ما فصار

حكماً فيقطع وتؤخذ للمالك على أن الاسم باق وهو اسم الفضة والذهب، وإنما حدث اسم آخر مع ذلك الاسم اهـ كمال. **قوله**: (**لأنه ملكه قبل القطع**) أي بما حدث من الصنعة قبل استيفاء القطع لكنه يجب عليه مثل ما أخذ وزناً من الذهب والفضة اهـ كمال. **قوله**: (**وقيل يجب**) أي ولا شيء على السارق اهـ فتح. **قوله**: (**فلم يملك عينه**) أي فقد استهلك المسروق ثم قطع فلا شيء عليه قاله الكمال اهـ قال الشهيد في جامعه: وهو الأصح اهـ **قوله في المتن**: (**ولو صبغه أحمر الخ**) قال في الهداية: ومن سرق ثوباً فصبغه أحمر يقطع به قال الكمال: بإجماع العلماء اهـ **قوله**: (**وقال محمد: يؤخذ منه الثوب**) قال الكمال: وهو قول الأئمة الثلاثة اهـ **قوله**: (**قائم صورة**) أي وهو ظاهر اهـ **قوله**: (**ومعنى**) أي من حيث القيمة اهـ فتح. **قوله**: (**حتى إذا هلك عنده**) أي عند السارق اهـ **قوله**: (**أو استهلكه لا يجب عليه الضمان**) حتى لو أراد المسروق منه أن يأخذ الثوب يضمن له قيمة الصبغ اهـ فتح. **قوله**: (**انقطع حق المالك**) أي في الرجوع اهـ **قوله**: (**فرجحنا جانب الأصل دون التبع**) قال في الفوائد الظهيرية: وفي المسألة إشكال وهو أن الثوب على تقدير القطع يصير ملكاً للسارق من حين صبغه، فتبين أن القطع لم يكن بحق، ولهذا قلنا: إن القطع مع الضمان لا يجتمعان لأنه على تقدير الضمان يثبت الملك من وقت السرقة فيتبين أن القطع لم يكن بحق وجوابه أن ثبوت الملك هنا لما ذكرنا من الترجيح لوصف التقوم فإنه معنى بعد القطع فلا يكون الملك ثابتاً قبل القطع، ومع هذا للقيل والقال فيه مجال فإن السارق حين قطع والثوب

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من المطبوع.

كما لو سرق حنطة فطحنها فإنه يقطع بالحنطة، وإن ملك الدقيق لما قلنا. يحققه أن ثبوت الملك للسارق فيه لرجحان الصبغ بكونه متقوماً دون الثوب وعدم تقوم الثوب بعد القطع فلا يكون الملك باقياً قبله.

قال رحمه الله: (ولو أسود يرد) أي لو صبغ الثوب أسود يرد الثوب على المسروق منه عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، وقال أبو يوسف: لا سبيل للمسروق منه على الثوب لأن السواد نقصان عند أبي حنيفة رحمه الله وليس بزيادة. وبنقصان المسروق لا ينقطع حق المالك بخلاف الزيادة فيرد على المالك، وعند أبي يوسف ومحمد السواد/ زيادة لكن بالزيادة لا ينقطع حق المالك عند محمد بل يرد [٧٧/أ ٢] ويأخذ ما زاد الصبغ وعند أبي يوسف ينقطع ولا يأخذ الزيادة على ما بينا في الحمرة، وكذا إذا قطع الثوب وخاطه لا يسترد منه، والله أعلم بالصواب.

باب قطع الطريق

شرائط قطع الطريق في ظاهر الرواية ثلاثة يعني ما يختص به السرقة الكبرى دون السرقة الصغرى ثلاثة: أن يكون من قوم لهم قوة وشوكة تنقطع بهم الطريق، وأن لا يكون في مصر ولا فيما بين القرى ولا بين مصرين وأن يكون بينهم وبين المصر

مصبوغ أو بقي الثوب على ملك المالك والصبغ ملك السارق فيكون قد قطع في شيء مشترك فكان ينبغي أن لا يقطع لكنه جعل الثوب كالمستهلك حتى جاز القطع.

باب قطع الطريق

أخره عن السرقة وأحكامها لأنه ليس سرقة مطلقاً ولذا لا يتبادر هو أو ما يدخل هو فيه من إطلاق لفظ السرقة بل إنما يتبادر الأخذ خفية عن الناس، ولكن أطلق على قطع الطريق اسم السرقة مجازاً لضرب من الإخفاء وهو الإخفاء عن الإمام ومن نصبه الإمام لحفظ الطريق من الكشاف وأرباب الإدراك فكان سرقة مجازاً، ولذا لا تطلق السرقة عليه إلا مقيدة فيقال: السرقة الكبرى ولو قيل: السرقة فقط لم يفهم أصلاً ولزوم التقييد من علامات المجاز اهـ فتح. قال الإتقاني: اعلم أن قطع الطريق يسمى سرقة كبرى أما كونه سرقة فباعتبار أن قاطع الطريق يأخذ المال خفية عن عين الإمام الذي عليه حفظ الطريق والمارة لشوكته ومنعته، وأما كونه كبرى فلأن ضرره يعم عامة المسلمين حيث يقطع عليهم الطريق بزوال الأمن بخلاف السرقة الصغرى فإن ضررها خاص بالمسروق منه ولأن موجب قطع الطريق أغلظ من حيث قطع اليد والرجل من خلاف ومن حيث القتل والصلب وليس في السرقة الصغرى مثل ذلك ثم تقدم السرقة الصغرى على الكبرى لأن الصغرى أكثر

مسيرة سفر لأن قطع الطريق إنما يكون بانقطاع المارة ولا ينقطعون في هذه المواضع عن الطريق لأنهم يلحقهم الغوث من جهة الإمام والمسلمين ساعة بعد ساعة فلا يترك المرور والاستطراق، وعن أبي يوسف أنهم لو كانوا في المصر ليلاً أو فيما بينه وبين المصر أقل من مسيرة سفر تجري عليهم أحكام قطاع الطريق وعليه الفتوى لمصلحة الناس وهي دفع شر المتغلبة المتلصصة.

قال رحمه الله: (أخذ قاصد قطع الطريق قبله **حبس حتى يتوب** وإن أخذ مالاً معصوماً قطع يده ورجله من خلاف وإن قتل قتل حداً وإن عفا الولي **وإن قتل وأخذ قطع** وقتل وصلب **أو قتل أو صلب**) والأصل فيه قوله تعالى: ﴿**إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله**﴾ [المائدة:٣٣] الآية. والمراد منه - والله أعلم - **التوزيع على الأحوال** لأن الجنايات متفاوتة والحكمة أن يتفاوت جزاؤها وهو الأليق بحكمة الله تعالى، وإنما ذكر أنواع الجزاء ولم يذكر أنواع الجناية لأنها معلومة فكان بيان جزائها أهم وهذا لأن أنواع الأجزية ذكرت على سبيل المقابلة بالجناية وهي المحاربة، **وهي معلومة بأنواعها** فاكتفى بإطلاقها وبين أنواع الجزاء فوجب التقسيم على حسب أحوال الجناية إذ ليس من الحكمة أن يسوّى في العقوبة مع التفاوت في الجناية كيف وقد روي «أن جبريل عليه الصلاة والسلام نزل بهذا التقسيم في أصحاب أبي بردة» وقال مالك

وقوعاً ولأن الترقي من القليل إلى الكثير أو لأن قطع الطريق فيمن يباشر عارض بالسفر وذكر العارض بعد ذكر الأصل اهـ **قوله في المتن**: (**حبس حتى يتوب**) أي بعد ما يعزر اهـ كافي. **قوله**: (**وإن قتل وأخذ قطع**) قال في الكافي: وإن قتلوا وأخذوا المال إن شاء الإمام قطع أيديهم وأرجلهم من خلاف ثم قتلهم وصلبهم، وإن شاء قتلهم من غير قطع وإن شاء صلبهم اهـ قوله: وإن شاء صلبهم أي أحياء ثم قتلهم اهـ كافي. **قوله**: (**أو قتل أو صلب**) اعلم أن القطاع إذا قتلوا وأخذوا المال فالإمام مخير بين ثلاثة أمور ذكرها في المتن وزاد الشارح رحمه الله عليها ثلاثة أمور ستأتي عند قول الشارح رحمه الله والحالة الرابعة والله أعلم. **قوله**: (**إنما جزاء الذين يحاربون الله**) أي أولياء الله وهم المؤمنون على حذف المضاف لأن أحداً لا يحارب الله، ولأن المسافر في البراري في أمان الله وحفظه متوكلاً عليه فالمعترض له كأنه محارب لله تعالى اهـ دراية قال الكمال: أي يحاربون عباد الله وهو أحسن ممن يقدر أولياء الله لأن هذا الحكم يثبت بالقطع على الكافر والذمي اهـ **قوله**: (**التوزيع**) أي توزيع الأجزية المذكورة على أنواع قطع الطريق اهـ كمال. **قوله**: (**على الأحوال**) كأنه قال: أن يقتلوا إن قتلوا إلخ لا التخيير كما قال مالك متشبثاً بظاهر أو ثبت ذلك بقوله عليه الصلاة والسلام: «من أخذ المال قطع ومن قتل قتل ومن أخذ المال وقتل صلب» اهـ كافي. **قوله**: (**وهي معلومة بأنواعها**) أي عادة بتخويف أو أخذ مال أو قتل وأخذ مال اهـ

رحمه الله :الإمام مخير أي شيء شاء من هذه الأجزية فعل بكل واحد من الجناية لأن كلمة أو تقتضي ذلك كما في كفارة اليمين وجوابه أنها مقابلة بالجنايات فاقتضت الانقسام فتقديره أن يقتلوا إن قتلوا، أو يصلبوا إن قتلوا وأخذوا المال، أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف إن أخذوا المال، أو ينفوا إن أخافوا بخلاف كفارة اليمين فإنها مقابلة بجناية واحدة وهي الحنث فكانت للتخيير، والذي يدلك على ما قلنا ما روي عن ابن عباس في قطاع الطريق «إذا قتلوا وأخذوا المال قتلوا وصلبوا وإذا قتلوا ولم يأخذوا المال قتلوا ولم يصلبوا وإذا أخذوا المال ولم يقتلوا قطعت أيديهم وأرجلهم من خلاف وإذا أخافوا السبيل ولم يأخذوا مالاً نفوا من الأرض»(١) رواه الشافعي في مسنده وحكاه في المنتقى **ثم هذه الأحوال أربعة الأولى: أن يؤخذ قبل أن يقتل نفساً ولا يأخذ مالاً** وهو المراد بقوله: أخذ قاصد قطع الطريق قبله **وهذه الهاء ترجع إلى غير مذكور وحكمه أنه يحبس حتى يتوب،** وقال الشافعي: المراد من النفي الطلب ليهربوا من كل موضع وهذا ليس بسديد لأن دفع أذاه لا يحصل بذلك لأنه يفسد في

كافي. **قوله: (ثم هذه الأحوال أربعة)** أي والأجزية كذلك اهـ كافي. قال الكمال: فأحوالهم بالنسبة إلى الجزاء الشرعي أربعة وبالنسبة إلى ما هو أعم منه خمسة اهـ وذكر التمرتاشي والأحوال خمس تخويف لا غير وهنا عزروا أدنى التعزير وحبسوا حتى يتوبوا، والثانية أخذ المال فهنا إذا تابوا قبل الأخذ سقط الحد وضمنوا المال قائماً وهالكاً، ولو أخذوا قبل التوبة قطعت أيديهم وأرجلهم من خلاف وردُّوا المال القائم ولم يضمنوا الهالك عندنا خلافاً للأئمة الثلاثة، والثالثة جرحوا لا غير وفيه القصاص فيما يجري فيه القصاص والأرش فيما لا يجري والاستيفاء إلى صاحب الحق. والرابعة أخذوا المال وجرحوا تقطع من خلاف وبطل حكم الجراحات عندنا خلافاً للأئمة الثلاثة لأن حكم ما دون النفس حكم المال فسقط الضمان. والخامسة أخذوا وقتلوا أو قتل أحدهم رجلاً بسلاح أو غيره فالإمام هنا مخير على ما ذكره في المتن اهـ دراية. **قوله: (الأولى أن يؤخذ قبل أن يقتل نفساً ولا يأخذ مالاً)** بل لم يوجد منهم سوى مجرد إخافة الطريق إلى أن أخذوا فحكمهم أن يعزروا ويحبسوا إلى أن تظهر توبتهم في الحبس أو يموتوا اهـ كمال. **قوله: (وهذه الهاء ترجع إلى غير مذكور)** أي الهاء عائدة إلى قطع الطريق أي أخذ قبل أخذ المال وقتل النفس اهـ **قوله: (وحكمه أنه يحبس حتى يتوب)** أي وهو المراد بالنفي المذكور في الآية اهـ إتقاني. قال في الكافي: إذا خرج جماعة ممتنعون أو واحد يقدر على الامتناع فقصدوا قطع الطريق فأخذوا قبل أن يأخذوا مالاً ويقتلوا نفساً حبسهم الإمام حتى يتوبوا بعدما يعزرون لأن المراد بالنفي المنصوص الحبس في حق من خوف الناس ولم يأخذ مالاً ولم يقتل لأنه إما أن يراد به نفيه

---

(١) ذكره ابن حجر في التلخيص الحبير (٤ / ٧٢)، وأخرجه البيهقي في سننه الكبرى (٨ / ٢٨٣).

موضع آخر وإن أخرج بالتتبع من دار الإسلام ففيه تعريضه على الردة ولم يعهدنا الشارع ذلك فتعين الحبس لأنا عهدناه عقوبة في الشرع وفيه نفيه عن وجه الأرض وهو أبلغ وجوه النفي. **قال القائل**:

خرجنا من الدنيا ونحن من أهلها **فلسنا من الأموات فيها ولا الأحيا**

[٧٧ب/٢] إذا جاءنا السبحان يوماً لحاجة عجبنا وقلنا جاء هذا من الدنيا /

فكان أدفع لشره وأشد عقوبة على ارتكابه المنكر وهو الإخافة. والحالة الثانية: أن يؤخذ بعدما أخذ المال ولم يقتل النفس **وأصاب كل واحد منهم نصاباً فإنه تقطع يده اليمنى ورجله اليسرى** إذا كان المال لمسلم أو ذمي **لا مستأمن**، وهو المراد بقوله: وإن أخذ مالاً معصوماً قطع يده ورجله من خلاف لما تلونا، ولأن جنايته أفحش من السرقة الصغرى فكانت عقوبته أغلظ بقطع الثنتين وكان من خلاف لئلا يفوت جنس المنفعة **حتى لو كانت يده اليسرى مقطوعة** أو شلاء أو رجله اليمنى كذلك **لا يقطع لما ذكرنا**، فإن قيل: لما تضاعف قطعه **ينبغي أن يتضاعف نصابه فيكون عشرين درهماً**

عن جميع الأرض وذا لا يتحقق ما دام حياً أو عن بلده إلى بلد أخرى وبه لا يحصل المقصود وهو دفع أذاه عن الناس أو عن دار الإسلام إلى دار الحرب وفيه تعريضه على الردة فدل أن المراد نفيه عن جميع الأرض بدفع شره عن أهلها إلا موضع حبسه إذ المحبوس يسمى خارجاً من الدنيا اهـ وإنما يعزرون لارتكابهم منكر التخويف وشرط أن تكون الجماعة ذات منعة لأن قطاع الطريق محاربون بالنص والمحاربة إنما تتحقق ممن له منعة وشوكة اهـ **قوله**: **(قال القائل)** أي وهو صالح بن عبد القدوس[٢] اهـ **قوله**: **(فلسنا من الأحياء فيها ولا الموتى)** الذي بخط الشارح فلسنا من الأحياء ولا الموتى وكذا في الكافي وفي بعض نسخ هذا الشرح: فلسنا من الأموات فيها ولا الأحيا. وهو مخالف لخط المصنف اهـ **قوله**: **(وأصاب كل واحد منهم نصاباً)** أي عشرة دراهم أو ما قيمته العشرة. وقال الحسن بن زياد: عشرون لأنه يقطع من قاطع الطريق طرفان فيشترط نصابان اهـ إتقاني رحمه الله. **قوله**: **(فإنه تقطع يده اليمنى ورجله اليسرى)** أي لئلا يفوت جنس المنفعة اهـ كافي. **قوله**: **(لا مستأمن)** أي فلو قطعوا الطريق على مستأمن لا يلزمهم شيء مما ذكرنا إلا التعزير والحبس باعتبار إخافة الطريق وإخفار ذمة المسلمين لأن ماله غير معصوم على التأبيد اهـ كمال رحمه الله. **قوله**: **(حتى لو كانت يده اليسرى مقطوعة الخ)** قال الإتقاني رحمه الله: وإنما قطع الطرفان لوقوع أثر الجناية عاماً وتغلظها وأعطي مال الذمي حكم مال المسلم لتأبد العصمة فيها اهـ **قوله**: **(لا يقطع لما ذكرنا)** أي ولو كانت يده اليمنى مقطوعة قطعت رجله اليسرى ولو كانت يداه صحيحتين ورجله اليسرى مقطوعة قطعت يده اليمنى فقط ولا خلاف فيه اهـ كاكي. **قوله**: **(ينبغي أن يتضاعف نصابه فيكون عشرين درهماً)** أي لأنه

قلنا: تغلظ العقوبة هنا بتغلظ الجناية بمحاربة الله ورسوله لا بكثرة المأخوذ. **والحالة الثالثة: أن يؤخذ وقد قتل النفس** ولم يأخذ المال **فإن الإمام يقتله حداً حتى لو عفا الأولياء لم يلتفت إلى عفوهم** ولا يشترط أن يكون القتل موجباً للقصاص من مباشرة الكل والآلة لأنه حق الله تعالى لوجوبه في مقابلة الجناية على حقه بمحاربته وهو المراد بقوله: وإن قتل قتل حداً وإن عفا الولي وقال الشافعي: الواجب قصاص لأنه قتل بإزاء قتل **قلنا: القطع حق الله تعالى** فكذا القتل لأنه قسيمه وتسميته جزاء يشعر بذلك لأنه اسم لما يجب لله تعالى، **والحالة الرابعة**: أن يؤخذ وقد قتل النفس وأخذ المال فإن الإمام فيه مخير إن شاء قطع يده ورجله من خلاف وقتله، وإن شاء قتله وصلبه، وإن شاء قطعه وصلبه، وإن شاء قتله، وإن شاء صلبه، وإن شاء قطعه من خلاف وقتله وصلبه، وهو المراد بقوله: قطع وقتل وصلب إلخ. **وقال محمد رحمه الله: يقتل** [أو يصلب ولا يقطع][1] وأبو يوسف معه في المشهور لأن القطع حد على حدة والقتل كذلك بالنص فلا يجمع بينهما بجناية واحدة وهي قطع الطريق إذ لا يجوز الجمع بين الحدين بجناية واحدة ولأنه اجتمع عليه العقوبة في النفس وما دونها حقاً لله تعالى فيدخل ما دون النفس في النفس كما لو اجتمع عليه حد الشرب والسرقة والرجم فإنه يكتفى بالرجم ويدخل فيه ما عداه، ولأبي حنيفة رحمه الله ورضي عنه أنه وجد الموجب لهما وهو القتل **وأخذ المال** فيستوفيان وهما حد واحد لاتحاد سببهما وهو

كالسرقتين اهـ كافي. **قوله: (والحالة الثالثة أن يؤخذ وقد قتل النفس)** أي مسلماً أو ذمياً اهـ فتح. **قوله: (فإن الإمام يقتله حداً)** قال الكمال: وفي فتاوى قاضيخان وإن قتل ولم يأخذ المال يقتل قصاصاً. وهذا يخالف ما ذكرنا إلا أن يكون معناه إذا أمكنه أخذ المال فلم يأخذ شيئاً ومال إلى القتل فإنا سنذكر في نظيره أنه يقتل قصاصاً خلافاً لعيسى بن أبان، وفيها أيضاً إن خرج على القافلة في الطريق وأخاف الناس ولم يأخذ المال ولم يقتل يعزر ويخلى سبيله وهو خلاف المعروف من أنه يحبس امتثالاً للنفي المذكور في الآية اهـ **قوله: (حتى لو عفا الأولياء لم يلتفت إلى عفوهم)** أي لأن الحد خالص حق الله تعالى لا يسمع فيه عفو غيره فمتى عفا عنهم عصى الله تعالى اهـ فتح. **قوله: (قلنا: القطع حق الله تعالى)** أي فلا يدخله عفو وعليه أجمع أهل العلم ذكره ابن قدامة في المغني وفي شرح الوجيز قتل بمقابلة قتل وفيه معنى الحد فلا يصح عفوه، ولكن ذكر في الكافي وعند الشافعي الواجب قصاص لأنه قتل بإزاء قتل وهذا لا يدل على جواز العفو فإن أصحابه اختلفوا فيه فقالوا: فيه معنى الحد والقصاص وخرجوا على مسائل ولكن ما قال أحد منهم بجواز العفو اهـ كاكي. **قوله: (والحالة الرابعة)** قال الكمال: وأما بالنسبة إلى ما هو أعم فالأحوال الأربعة المذكورة والخامسة أن يؤخذوا بعد ما أحدثوا توبة وتأتي أيضاً في الكتاب اهـ **قوله: (وقال محمد:**

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من المطبوع.

قطع الطريق، لكن ما يقع به القطع متفاوت فإذا تناهى تفويت الأمن بأخذ المال وقتل النفس تناهت عقوبته وصار هذا كقطع اليد والرجل فإنهما حدان في السرقة الصغرى وحد واحد في الكبرى ولا تداخل في حد واحد كجلدات الحد في الزنا وغيره، وإنما التداخل في الحدود ولا يلزم أن للإمام أن يقتله أو يصلبه ويدع القطع لأن ذلك ليس للتداخل بل لأنه ليس عليه رعاية الترتيب في أجزاء حد واحد فله أن يبدأ بالقتل فإذا قتله لا يفيد القطع بعده كالزاني إذا جلد خمسين جلدة فمات يترك الباقي لعدم الفائدة في إقامته بعد الموت ثم في ظاهر الرواية هو مخير في الصلب إن شاء فعله وإن شاء تركه، وعن أبي يوسف أنه لا يتركه لأنه منصوص عليه، والمقصود منه التشهير ليرتدع به غيره فلا يترك ما أمكن قلنا: معنى الزجر يتم بالقتل ولم ينقل أنه عليه الصلاة والسلام صلب أحداً.

قال رحمه اللّه: (ويصلب حياً ثلاثة أيام **ويبعج** بطنه برمح حتى يموت) **لأن المقصود الردع** وهو أبلغ من صلبه بعد القتل روي ذلك عن الكرخي، وعن الطحاوي أنه يصلب بعد القتل ولا يصلب / حياً توقياً عن المثلة لأنه عليه الصلاة والسلام نهى عن المثلة ولو بالكلب العقور والأول أصح وهو أردع، ولهذا **لا يقتل جزاً** بالسيف مع الأمر بأن يحسن القتلة ونظيره الرجم في الزنا لما قلنا. ثم إذا تم له ثلاثة أيام من وقت موته يخلى بينه وبين أهله **ليدفنوه** وعن أبي يوسف أنه يترك على خشبة حتى يتقطع ويسقط لأنه أبلغ في الإرداع قلنا: إنه يتغير بعد الثلاث فيتأذى الناس به، والإرداع قد حصل بذلك القدر وغايته غير مطلوبة.

[٧٨/١/٢]

قال رحمه اللّه: (ولم يضمن ما أخذ) يعني بعدما أقيم عليه الحد لما ذكرنا في السرقة الصغرى، وكذا لا يضمن ما قتل وما جرح لذلك المعنى.

قال رحمه اللّه: (وغير المباشر كالمباشر) يعني في الأخذ والقتل **حتى تجري أحكامه على الكل بمباشرة بعضهم. وقال الشافعي: لا يحد إلا المباشر** كحد الزنا، ولنا

يقتل) وجعل في الأسرار قول محمد أصح اهـ كاكي. **قوله: (وأخذ المال)** أي فأخذ المال موجب للقطع والقتل موجب للقتل اهـ **قوله في المتن: (ويبعج)** أي يشق اهـ **قوله: (لأن المقصود الردع)** الردع المنع اهـ إتقاني. **قوله: (لا يقتل جزاً)** بالجيم في خط الشارح اهـ **قوله: (ليدفنوه)** وعلمت في باب الشهيد أنه لا يصلى على قاطع الطريق اهـ فتح. **قوله: (حتى تجري أحكامه على الكل بمباشرة بعضهم)** أي وهذا لأن قتلهم وجب حداً عليهم لا قصاصاً فلم تعتبر المساواة فصار من قتل ومن لم يقتل سواء اهـ إتقاني. **قوله: (وقال الشافعي لا يحد إلا المباشر)** أي لأنه جزاء الفعل فلا يجب إلا على المباشر اهـ كافي. قال في الهداية: وإن باشر القتل أحدهم قال الكمال: أي واحد منهم والباقون وقوف لم يقتلوا ولم يعينوا

أنه حكم يتعلق بالمحاربة **فيستوي فيه الردء** والمباشر كاستحقاق السهم في الغنيمة وهذا لأن الردء محارب مفسد ووقوفه ليتمكن المباشر من الأخذ ليقتل هو إن أمكنه ويدفع عن المباشر العوائق وينضم المباشر إليه إن تعذر وهذا هو المعتاد بينهم، ولو اشتغل الكل بالمباشرة لما تهيأ لهم غرضهم فيكون الكل محاربين مفسدين فيدخلون تحت قوله تعالى: ﴿إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الأرض فساداً﴾ [المائدة: ٣٣]، وأي محاربة وأي فساد يكون أشد منه ولهذا جاز قتل ردء أهل البغي ولولا أنه محارب لما جاز فإذا ثبت أنه محارب أجري عليه أحكامه بخلاف الزنا لأن غير المباشر ليس له فيه صنع لتمكنه وحده.

قال رحمه اللّه: (والعصا والحجر كالسيف) يعني القتل بالعصا أو بالحجر **كالقتل بالسيف** لأن قطع الطريق يحصل بالقتل بأي آلة كانت بل بأخذ المال بغير قتل أو بمجرد الإخافة على ما بينا حكمه وهو المناط هنا بخلاف القصاص لأنه يقصد القتل والقصد مبطن لا يعرف فيستدل عليه باستعمال آلة القتل وشرط ذلك لينتفي احتمال قصد التأديب أو إتلاف العضو وما أشبه ذلك.

قال رحمه اللّه: (**وإن أخذ مالاً وجرح** قطع وبطل الجرح) لأنه لما وجب الحد حقاً لله تعالى واستوفي بقطع اليد والرجل سقطت عصمة النفس حقاً للعبد كما تسقط عصمة المال على ما بينا في السرقة الصغرى، فإن قيل: الجرح فعل آخر غير الأخذ فينبغي أن يعتبر حق العبد فيه لأن اعتباره لا يؤدي إلى سقوط الحد في الأخذ لأنهما فعلان متغايران فيجعل أحدهما سبباً لحق العبد لا يمتنع الآخر أن يكون سبباً لحق الله تعالى بخلاف الأخذ لأنه فعل واحد على ما بينا، قلنا: بل الفعل واحد وهو قطع الطريق، وإذا وجب حق الله تعالى به امتنع حق العبد على ما ذكرنا من قبل.

قال رحمه اللّه: (وإن جرح فقط أو قتل فتاب أو كان بعض القطاع غير مكلف أو ذا رحم محرم من المقطوع عليه أو قطع بعض القافلة على البعض أو قطع الطريق ليلاً أو نهاراً بمصر أو بين مصرين لم يحد فأقاد الولي أو عفا) أما إذا جرح فقط أي لم يقتل، ولم يأخذ مالاً فلأن هذه الجناية ليس فيها حد **فلا يسقط حق العبد** إذ السقوط

أجري الحد على جميعهم فيقتلوا ولو كانوا مائة بقتل واحد منهم واحداً لأن القتل جزاء المحاربة التي فيها قتل بالنص مع التوزيع والمحاربة تتحقق بأن يكون البعض ردءاً للبعض حتى إذا انهزموا انحازوا إليهم اهـ فتح. **قوله**: (**فيستوي فيه الردء**) الردء وزان حمل المعين وأردأته بالألف أعنته اهـ مصباح. **قوله**: (**كالقتل بالسيف**) أي في قتل الكل وإن لم يوجب أبو حنيفة القصاص بالمثقل لأن هذا ليس بطريق القصاص فإن حد قطع الطريق مع القتل ليس بطريق القصاص فلا يستدعي المماثلة ولهذا يقتل غير المباشر اهـ فتح. **قوله في المتن**:

في ضمن استيفاء الحد ولم يوجد فيكون حقه باقياً فيقتص فيما فيه القصاص **ويؤخذ الأرش في غيره** وذلك إلى الأولياء وعلى هذا إذا جرح وأخذ من المال دون النصاب أو الأشياء التي لا يقطع فيها كالأشياء التافهة والتي يتسارع إليها الفساد، **ولو كان مع هذا الأخذ قتل** لا يجب الحد أيضاً وهو طعن عيسى فإنه قال: القتل وحده يوجب الحد فكيف يمتنع مع / الزيادة فجوابه أن قصدهم المال غالباً فينظر إليه لا غير بخلاف ما [٧٨ب/٢] إذا اقتصروا على القتل لأنه تبين أن قصدهم القتل دون المال فيحدون فعدت هذه من الغرائب ثم إذا لم يجب الحد يكون الأمر في القصاص والأرش إلى الأولياء لعدم وجوب الحد، وأما إذا قتل **أو أخذ مالاً فتاب يعني قبل أن يؤخذ** فلأن هذا الحد لا يقام في هذه الحالة **للاستثناء المذكور في الآية** أو لأن التوبة تتوقف على رد المال وبعد الرد لا يقطع لما ذكرنا في السرقة الصغرى، فإذا سقط الحد صار الأمر إلى الأولياء في القصاص والأرش على نحو ما بينا، فإن قيل: ينبغي أن ينصرف الاستثناء في الآية إلى الذي يليه وهو قوله تعالى: ﴿ولهم في الآخرة عذاب عظيم﴾ [المائدة: ٣٣] كما في آية القذف فلا يقتضي سقوط الحد بالتوبة، قلنا: في هذه الآية الجمل التي قبل الاستثناء كلها من جنس واحد إذ الكل جزاء المحاربة فينصرف الاستثناء إلى الكل

(**وإن أخذ مالاً وجرح**) أي جرحاً واحداً أو جراحات اهـ **قوله**: (**فلا يسقط حق العبد**) أي في النفس والمال اهـ كافي. **قوله**: (**ويؤخذ الأرش في غيره**) أي كما إذا قطعوا اللسان أو الذكر لا قصاص فيه في ظاهر الرواية ويؤخذ الأرش خلافاً لأبي يوسف فيما إذا قطع من الأصل، وفي الحشفة قصاص اتفاقاً لأن موضع القطع معلوم إلا إذا قطع بعض الحشفة لا قصاص، وكذا إذا ضربوا العين فقلعوها لا قصاص فيه ويؤخذ الأرش إلا إذا كانت العين قائمة فذهب ضوؤها ففيه القصاص لإمكان المماثلة، وكذا لا قصاص في عظم إلا في السن إلا إذا اسودَّت أو احمرت أو اخضرت، فحينئذ يجب الأرش اهـ إتقاني رحمه الله. **قوله**: (**ولو كان مع هذا الأخذ**) أي أخذ ما دون النصاب اهـ **قوله**: (**أو أخذ مالاً فتاب**) أي ورد المال أيضاً وبه صرح في المبسوط اهـ دراية. **قوله**: (**يعني قبل أن يؤخذ**) قال في الهداية: وإن أخذ بعد ما تاب وقد قتل عمداً فإن شاء الأولياء قتلوه، وإن شاؤوا عفوا عنه ولفظ الجامع الصغير وإن أخذ وقد تاب بطل الحد وإنما قيد بقوله: أخذ بعد ما تاب لأنه إذا تاب بعدما أخذ لا يسقط الحد والأصل فيه قوله تعالى: ﴿إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم﴾ [المائدة: ٣٤] فلما بطل الحد بالتوبة ظهر حق العبد في النفس والمال فإن شاء قتل، وإن شاء صالح، وإن شاء عفا، وإن شاء ضمن المال اهـ إتقاني. **قوله**: (**للاستثناء المذكور في الآية**) قال الله تعالى: ﴿إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم﴾ [المائدة: ٣٤] الآية. ولا خلاف فيه، وفي المبسوط والمحيط رد المال من تمام توبتهم لينقطع به خصومة صاحب

فيرتفع الكل بالتوبة بخلاف الاستثناء في آية القذف، **لأن الجملة التي تليه** خلاف جنس الجمل المتقدمة إذ هي لا تصلح جزاء للقذف وإنما هي إخبار عن حاله بأنه متصف بالفسق فكانت فاصلة بينه وبين ما قبلها من الجمل فيعود إليها فقط، وأما إذا كان بعض قطاع الطريق غير مكلف بأن كان صبياً أو مجنوناً فلأن هذه الجناية واحدة قامت بالكل فإذا لم يقع فعل بعضهم موجباً كان فعل الباقين بعض العلة وأنه لا يثبت الحكم كالعامد والمخطئ إذا اشتركا في القتل حيث لا يجب القود، وعن أبي يوسف أنه لو باشر العقلاء يحد الباقون لأن المباشر أصل والردء تبع ولا خلل في مباشرة الأصل ولا اعتبار بالخلل في التبع وفي عكسه ينعكس المعنى والحكم **وعلى هذا السرقة الصغرى**، وقوله: **أو بعض القطاع غير مكلف** يدل على أن المرأة إذا قطعت الطريق تجري عليها الأحكام لأنها مكلفة، وقيل: لا تكون قاطعة طريق لأن بنيتها لا تصلح للحراب وعن أبي يوسف أنها تقطع ولا تصلب والأخرس في هذا كالصبي خلافاً لأبي يوسف ذكره في البدائع، وأما إذا كان بعض القطاع ذا رحم محرم من المقطوع عليهم فلأن الجناية متحدة فالامتناع في حق البعض يوجب الامتناع في حق الباقين **بخلاف ما إذا كان فيهم مستأمن** لأن الامتناع في حقه لخلل في العصمة، وذلك خاص به فيخص الامتناع حتى إذا وقع القتل والأخذ على المستأمن خاصة لا يجب

المال وقد انقطعت خصومته برد المال إليه قبل ظهور الجريمة عند الإمام فيسقط الحد اهـ دراية. **قوله: (لأن الجملة التي تليه)** أي وهو قوله تعالى: ﴿وأولئك هم الفاسقون﴾ [النور: ٤] اهـ **قوله: (وعلى هذا السرقة الصغرى)** وجه الظاهر أن الردء حكمه حكم المباشر في حد قطع الطريق، ولهذا يلزمهما جميعاً إذا كانا مكلفين فلما كان كذلك كان حضور الصبي والمجنون كمباشرته ولا حد عليهما إذا باشرا، فكذا إذا حضرا فإذا لم يجب عليهما سقط عن الباقين لاشتراكهما في سبب الحد كما إذا اشترك الخاطئ والعامد اهـ إتقاني. **قوله: (أو بعض القطاع غير مكلف)** قال الولوالجي رحمه الله: فإن كان فيهم عبد أو امرأة فالحكم فيهم كالحكم في الأحرار والرجال، أما العبد لقوله تعالى: ﴿إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله﴾ [المائدة: ٣٣]، ولم يفصل بين العبد والحر، وأما المرأة فكذلك في ظاهر الرواية وذكر الكرخي أن حد قطاع الطريق لا يجب على النساء لأن السبب هو المحاربة والمرأة بأصل الخلقة ليست بمحاربة اهـ **قوله: (بخلاف ما إذا كان فيهم مستأمن)** جواب سؤال مقدر بأن يقال: القطع على المستأمن لا يوجب الحد كالقطع على ذي الرحم المحرم ثم وجود هذا في القافلة يسقط الحد فينبغي أن يسقط وجود المستأمن فيهم أيضاً اهـ إتقاني. وكتب ما نصه: فإنهم يحدون لأنهم قطعوا الطريق على المسلمين والمستأمنين وقطع الطريق على المستأمن إن لم يوجب الحد فقطع الطريق على المسلمين يوجبه وغير

عليهم الحد، وإن وقع على غيره أو عليهما يجب وكان أبو بكر الرازي رحمه الله يقول: هذه المسألة محمولة على ما إذا كان المال مشتركاً بين المقطوع عليهم وفي قطاع الطريق ذو رحم محرم من أحدهم حتى لا يجب الحد باعتبار نصيب ذي الرحم المحرم، ويصير شبهة في نصيب الباقين، فلا يجب الحد عليهم لأن المأخوذ شيء واحد فإذا امتنع في حق أحدهم بسبب القرابة امتنع في حق الباقين، أما إذا لم يكن المال مشتركاً بينهم فإن لم يأخذوا المال إلا من ذي الرحم المحرم فكذلك وإن أخذوا منه ومن غيره يحدون باعتبار المال المأخوذ من الأجنبي **والصحيح أنه مجرى على إطلاقه** لما ذكرنا، وإذا سقط الحد كان القصاص والتضمين إلى الأولياء لأنه حقهم ولم يوجد ما يسقطه، وأما إذا قطع بعض القافلة على البعض **فلأن الحرز واحد** فصارت القافلة كبيت واحد، وأما إذا قطع الطريق بمصر أو بين مصرين فلأن قطع الطريق بقطع المارة ولا يتحقق ذلك في مثل هذه/ [٢/١٧٩] الأماكن لأن الغوث يلحقهم ساعة فساعة فلا يمكنهم المكث فيه، ولأن السبب محاربة الله تعالى وهي إنما تتحقق في المفازة لأن المسافر لا يلحقه الغوث فيها فيسير في حفظ الله تعالى معتمداً عليه فمن تعرض له يكون محارباً الله تعالى، وأما في المصر وفي القريب منه فيلحقه الغوث من السلطان والمسلمين فيكون اعتماده عليهم فيتمكن النقصان في فعل من يتعرض له من حيث محاربة الله تعالى فلا يحد، وقال الشافعي رحمه الله تعالى: يكون قاطع الطريق في المصر وهو القياس لوجود حقيقة القطع **وعن أبي يوسف أنهم إن قصدوا في المصر** بالسلاح تجري عليهم أحكام قطاع الطريق لأن السلاح لا يلبث فلا يلحقهم الغوث وإن قصدوا بالحجر أو الخشب فإن كان خارج المصر فكذلك الحكم

الموجب لا يصلح معارضاً للموجب، وهذا لأن الامتناع في حق المستأمن لخلل في العصمة وهو بقاء شبهة الإباحة في ماله على تقدير رجوعه إلى داره وهو أي الخلل يخصه أي المستأمن وهاهنا الخلل في الحرز إذ القافلة حرز واحد وهو بسبيل من الدخول على هذه القافلة بلا استئذان لمكان قريبه الذي يفترض وصله فمتى لم يبق حرزاً في حقه لم يبق حرزاً في حق الكل كدار يسكنها أخوه وأجنبي فسرق منها مال الأجنبي لا يقطع وبمثله لو سرق مال مسلم ومستأمن من بيت يسكنان فيه يقطع اهـ كاكي. وكتب على قوله فيهم ما نصه: أي في المقطوع عليهم وهو القافلة اهـ **قوله**: (**والصحيح أنه**) لفظة أنه ليست في خط الشارح اهـ **قوله**: (**مجرى على إطلاقه**) أي وإنهم لا يحدون على كل حال اهـ كافي. **قوله**: (**فلأن الحرز واحد**) أي والقاطع من أهلها فلا يعتبر قاطعاً كما لو سرق من دار يسكن السارق فيها فإذا لم يجب الحد وجب القصاص إن قتل عمداً ورد المال إن أخذ وهو قائم والضمان إن هلك أو استهلكه اهـ غاية. **قوله**: (**وعن أبي يوسف أنهم إن قصدوا في**

لأن الغوث لا يلحقهم وإن كان بقرب منه وإن كان في المصر فإن كان بالليل فكذلك أيضاً لأن الغوث لا يلحقهم، وإن كان بالنهار لا تجري عليهم أحكام قطاع الطريق، واستحسن المشايخ هذه الرواية وبه يفتى، وعن ابن سماعة عن أبي يوسف في المكابرين بالليل إذا لم يقدر أهل الدار على الامتناع منهم فهم محاربون، وأما بالنهار فهم مختلسون حتى يكونوا لا يقدر عليهم غير السلطان، والمكابرون في القرى إذا كان أهل القرية لا يقدرون على الامتناع منهم محاربون، وقال بعض المتأخرين: جواب أبي حنيفة رحمه الله بما شاهد في زمانه فإن الناس في ذلك الزمان كانوا يحملون السلاح في المصر والقرى فلا يتمكن القاصد من قطع الطريق إلا نادراً فلا يبنى الحكم على النادر، وأما في زماننا فقد تركوا هذه العادة فيتحقق قطع الطريق في الأمصار والقرى، وقوله: فأقاد الولي أو عفا يعني إن شاء اقتص وإن شاء عفا في هذه الصور كلها لأنه لما لم يجب الحد فيها ظهر حق العبد لأن سقوطه كان في ضمن إقامة الحد ولم يوجد فكان استيفاؤه إليه إن شاء استوفى وإن شاء عفا في القصاص والمال.

قال رحمه اللّه: (**ومن خنق في المصر غير مرة قتل به**) يعني سياسة لأنه ذو فتنة شاع في الأرض بالفساد فيقتله الإمام دفعاً لشره وفتنته عن العباد وفي قوله: غير مرة إشارة إلى أنه لا يقتل إلا إذا تكرر منه **وهي مسألة القتل بالمثقل على ما يجيء** في موضوعها إن شاء الله تعالى ومن السياسة ما حكي عن الفقيه أبي بكر الأعمش أن المدعى عليه السرقة إذا أنكر فللإمام أن يعمل فيه بأكبر رأيه، فإن غلب على ظنه أنه سارق وأن المال المسروق عنده عاقبه، ويجوز ذلك كما لو رآه الإمام جالساً مع

المصر) أي نهاراً اهـ فتح. **قوله في المتن: (ومن خنق)** رجلاً بالتخفيف إذا عصر حلقه ومصدره الخنق بكسر النون ولا يقال بالتسكين كذا عن الفارابي اهـ إتقاني. وقال في المصباح المنير: خنقه يخنقه من باب قتل خنقاً مثل كتف ويسكن للتخفيف ومثله الحلف والحلف اهـ قال في الهداية: ومن خنق رجلاً حتى قتله فالدية على عاقلته عند أبي حنيفة. قال الإتقاني رحمه الله: وصورة المسألة في الجامع الصغير: محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل يخنق رجلاً بمخنقة خناق. حتى قتله قال: الدية على عاقلته فإن وجد وقد خنق غير مرة في االمصر وغير المصر فللإمام أن يقتله وأراد بها أن القصاص لا يجب مع ذلك، قال فخر الإسلام البزدوي: مخنقة الخناق هي الوتر وما يجري مجراه وليس ذلك بشرط لكنه بني على العادة وإنما تجب الدية دون القصاص عند أبي حنيفة لأنه لا يوجبه بالمثقل وهذا في معناه، أما إذا اعتاد هذا الفعل فحينئذ يقتل عند أبي حنيفة أيضاً سياسة اهـ **قوله في المتن: (قتل)** قال الكمال: لأنه ظهر قصده إلى القتل بالتخنيق حيث عرف إفضاءه إلى القتل ثم استمر يعتمده اهـ **قوله: (به)** أي بسبب الخنق اهـ **قوله: (وهي مسألة القتل بالمثقل)** قال الكمال

الفساق في مجلس الشراب، وكما لو رآه يمشي مع السراق وبغلبة الظن أجازوا قتل النفس كما إذا دخل عليه رجل شاهراً سيفه وغلب على ظنه أنه يقتله وحكي أن عصام بن يوسف دخل على أمير بلخ فأتي بسارق فأنكر السرقة فقال الأمير لعصام: ماذا يجب عليه؟ فقال: على المدعي البينة وعلى المنكر اليمين فقال الأمير: هاتوا بالسوط فما ضرب عشرة حتى أقر وأحضر السرقة فقال عصام: ما رأينا جوراً أشبه بالعدل من هذا والله سبحانه وتعالى أعلم.

رحمه الله: وظاهر أنها ليست مسألة المثقل وإنما المعنى أنها مثلها في ثبوت الشبهة عنده في العمد حيث كانت الآلة فيها قصور يوجب التردد في أنه قصد قتله بهذا الفعل أو قصد المبالغة في إيلامه وإدخال الضرر على نفسه فاتفق موته وعدم احتماله لذلك اهـ **قوله: (على ما يجيء)** قال أبو يوسف: إذا فعل ذلك مرة واحدة قتل به قصاصاً ذكره في كراهية الينابيع شرح القدوري اهـ شرح كنز للسمرقندي.

كتاب السير

السير جمع سيرة وأصل السيرة حالة السير إلا أنها غلبت في الشرع على أمور المغازي وما يتعلق بها كالمناسك على أمور الحج.

كتاب السير

قال الإتقاني رحمه الله: تناسب الحدود والسير من حيث أن كلاً من الحد والجهاد حسن لمعنى في غيره لا عينه ثم المعنى المحسن يحصل فيهما جميعاً بفعل المأمور به بدون الإتيان بفعل آخر مقصود وذلك المعنى في الحدود الزجر عن المعاصي، وفي الجهاد قهر أعداء الله تعالى لكن قدمت الحدود على السير لأنها تقع بين أهل الإسلام غالباً وعلى الخصوص كما في حد الشرب بخلاف الجهاد فإنه يقع مع الكفار، فتقديم الأحكام المتعلقة بأهل الإسلام كان أولى ولأن الجهاد زجر عن أصل المعاصي وهو الكفر والحد زجر عن الفسق فترقى من الأدنى إلى الأعلى، ومعنى السير مذكور في المتن والمغازي جمع المغزاة من غزا يغزو غزواً وغزوة وغزاة ومغزاة إذا قصد العدو للقتال والأحاديث في فضل الجهاد كثيرة منها ما حدث البخاري في الصحيح بإسناده إلى «عبد الله بن مسعود رضي الله عنهما قال: قلت: يا رسول الله أي العمل أفضل قال: الصلاة على ميقاتها قال: قلت: ثم أي قال: بر الوالدين قال: قلت: ثم أي قال: الجهاد في سبيل الله فسكت عن رسول الله ﷺ ولو استزدته لزادني»[١] وفيه بإسناده إلى أبي سعيد قال: قيل: «يا رسول الله أي الناس أفضل فقال رسول الله ﷺ: مؤمن يجاهد في سبيل الله بنفسه وماله قالوا: ثم من قال: مؤمن في شعب من الشعاب يتقي الله ويدع الناس من شره»[٢] وفيه أيضاً بإسناده إلى أنس بن مالك عن النبي ﷺ قال: «لغدوة في سبيل الله أو روحة خير من الدنيا وما فيها»[٣] وفيه أيضاً بإسناده إلى أبي هريرة قال رسول الله ﷺ: «من احتبس فرساً في سبيل الله إيماناً بالله وتصديقاً بوعده فإن شبعه وريه وروثه وبوله في ميزانه يوم القيامة»[٤]

---

(١) أخرجه البخاري في التوحيد (٧٥٣٤)، ومسلم في الإيمان (٨٣) عن أبي هريرة، والترمذي في البر والصلة (١٨٩٨)، والنسائي في الجهاد (٣١٣٠) عن أبي هريرة.

(٢) أخرجه البخاري في الجهاد والسير (٢٧٨٦)، ومسلم في الإمارة (١٨٨٨)، والترمذي في فضائل الجهاد (١٦٦٠)، والنسائي في الجهاد (٢١٠٥).

(٣) أخرجه البخاري في الجهاد والسير (٢٧٩٢)، ومسلم في الإمارة (١٨٨٠)، والترمذي في فضائل الجهاد (١٦٥١)، وأحمد في مسنده (١١٩٤١).

(٤) أخرجه البخاري في الجهاد والسير (٢٨٥٣)، والنسائي في الخيل (٣٥٨٢)، وأحمد في مسنده (٨٦٤٩).

قال رحمه الله: (**الجهاد فرض كفاية ابتداء**) يعني يجب علينا أن نبدأهم بالقتال وإن لم يقاتلونا لقوله تعالى: ﴿**وقاتلوا المشركين كافة** وقاتلوا الذين **لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر**﴾ [التوبة:٣٦] وقال: ﴿انفروا خفافاً وثقالاً وجاهدوا بأموالكم وأنفسكم﴾ [التوبة: ٤١] وقوله عليه الصلاة والسلام: «الجهاد [فرض][١] ماض منذ بعثني الله إلى أن يقاتل آخر أمتي الدجال / لا يبطله جور جائر ولا عدل عادل»[٢] وقوله عليه الصلاة والسلام: «أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا: لا إله إلا الله»[٣] الحديث. [٧٩ب/٢] وعليه إجماع الأمة وكونه فرضاً على الكفاية لأنه لم يشرع لعينه إذ هو قتل وإفساد في نفسه، وإنما شرع لإعلاء كلمة الله تعالى وإعزاز دينه ودفع الفساد عن العباد فإذا حصل من البعض سقط عن الباقين كصلاة الجنازة ودفن الميت ورد السلام، **ولأن في اشتغال الكل قطع مادة الجهاد** من الكراع والسلاح فينقطع الجهاد بسبب ذلك فينبغي أن يتولى البعض الجهاد والبعض التجارة والحرث والحرف التي تقوم بها المصالح والتقوية فوجب على الكفاية والذي يدل على أنه فرض كفاية قوله تعالى: ﴿لا يستوي القاعدون من المؤمنين غير أولي الضرر﴾ إلى قوله: ﴿وكلاً وعد الله الحسنى﴾ [النساء:٩٥] وعد القاعد الحسني، ولو كان فرض عين لذم وكانت الصحابة يغزو بعضهم ويقعد البعض ولو كان فرض عين لما قعدوا وهذا هو الذي تقرر عليه أمر الجهاد وكان رسول الله ﷺ في ابتداء الأمر مأموراً بالصفح والإعراض عن المشركين كما قال تعالى: ﴿فاصفح الصفح الجميل﴾، [الحجر: ٨٥] وقال تعالى: ﴿وأعرض عن المشركين﴾ [الأنعام:١٠٦] ثم أمر بالدعاء إلى الدين بالموعظة والمجادلة

اهـ **قوله في المتن**: (**الجهاد فرض كفاية ابتداء**) اعلم أن الكفار الذين امتنعوا عن قبول الإسلام وعن أداء الجزية يجب قتالهم وإن لم يبدؤوا بالقتال، وكذا يجوز قتالهم في الأشهر الحرم وقال الثوري: لا يجوز قتالهم حتى يبدؤونا وقال عطاء: لا يجوز قتالهم في الأشهر الحرم ولنا عموم الآيات والأخبار اهـ إتقاني. **قوله**: (**وقاتلوا المشركين كافة**) أي وقوله: اقتلوا المشركين وقوله تعالى: ﴿وقاتلوهم﴾ [البقرة:١٩٣]، وقوله تعالى: ﴿فقاتلوا أئمة الكفر﴾ [التوبة:١٣]. **قوله**: (**لا يؤمنون بالله باليوم الآخر**) التلاوة ولا باليوم الآخر اهـ **قوله**: (**ولأن في اشتغال الكل قطع مادة الجهاد**) أي ولأن في جعله فرض عين حرجاً عظيماً حيث تتعطل أمور الناس زراعة وتجارة إذا خرجوا جميعاً إلى الجهاد والحرج منتف اهـ إتقاني.

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من المطبوع.

(٢) أخرجه أبو داود في الجهاد (٢٥٣٢) بدون لفظ «فرض».

(٣) أخرجه البخاري في الإيمان (٢٥)، ومسلم في الإيمان (٢١)، والترمذي في الإيمان (٢٦٠٦)، والنسائي في الجهاد (٣٠٩٠)، وأبو داود في الجهاد (٢٦٤٠)، وابن ماجه في الفتن (٣٩٢٧).

الحسنة قال الله تعالى: ﴿ادع إلى سبيل ربك بالحكمة والموعظة الحسنة وجادلهم بالتي هي أحسن﴾ [النحل:١٢٥] ثم أمر بالقتال إذا كانت البداية منهم بقوله تعالى: ﴿**أذن للذين يقاتلون بأنهم ظلموا**﴾ [الحج:٣٩] أي أذن لهم في الدفع ثم أمر بالقتال ابتداء في بعض الأزمان بقوله تعالى: ﴿فإذا انسلخ الأشهر الحرم فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم﴾ [التوبة: ٥] ثم بالبداية بالقتال مطلقاً في الأزمان كلها وفي الأماكن بأسرها بقوله تعالى: ﴿**قاتلوهم حتى لا تكون فتنة**﴾ [البقرة:١٩٣] إلى غير ذلك من الآيات والأخبار المطلقة وقد «حاصر رسول الله ﷺ الطائف لعشر بقين من المحرم»[١] قلت: سنة ثمان من الهجرة. قال ابن سيد الناس: والمحاصرة نوع من القتال فهذا يدل على أن تحريم القتال في الأشهر الحرم منسوخ.

قال رحمه الله: (إن قام به بعض سقط عن الكل) لحصول المقصود بذلك على ما بينا أنه مشروع لغيره فإذا حصل المقصود بالبعض كفى.

قال رحمه الله: (وإلا أثموا بتركه) أي إن لم يقم به أحد أثم الكل بتركه لأنه واجب على الكل فيأثمون بتركه.

قال رحمه الله: (ولا يجب على صبي وامرأةو عبد وأعمى **ومقعد** وأقطع) لقوله تعالى: ﴿ليس على الأعمى حرج﴾ [النور:٦١] الآية نزلت في أصحاب الأعذار حين اهتموا بالخروج مع النبي ﷺ لما نزلت آية التخلف ولأنهم عاجزون، والتكليف بالقدرة ولأن الصبي مظنة المرحمة فلا يؤتى به إلى المهلكة، والمرأة والعبد مشغولان بخدمة الزوج والمولى وحقهما مقدم على حق الشرع لحاجتهما وغنى الشرع.

قال رحمه الله: (**وفرض عين إن هجم العدو** فتخرج المرأة والعبد بلا إذن زوجها وسيده) لأن المقصود لا يحصل إلا بإقامة الكل فيجب على الكل، وحق الزوج

قوله: (أذن للذين يقاتلون بأنهم ظلموا) أي وقوله تعالى: ﴿فإن قاتلوكم فاقتلوهم﴾ [البقرة: ١٩١] وقوله: ﴿وإن جنحوا للسلم فاجنح لها﴾، [الأنفال:٦١] اهـ **قوله: (وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة)** أي وقوله تعالى: ﴿قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر﴾ [التوبة: ٢٩] واستقر الأمر على ذلك وصارت حرمة القتال في الأشهر الحرم منسوخة بهذه الآية اهـ إتقاني. وفي الإيضاح وحرمة القتال في الأشهر الحرم نسخت بقوله تعالى: ﴿فاقتلوهم حيث وجدتموهم﴾ [النساء: ٨٩] اهـ دراية. **قوله: (ومقعد)** قال الإتقاني: قال صاحب ديوان الأدب: المقعد الأعرج اهـ وقال في المغرب: المقعد الذي لا حراك به من داء في جسده كأن الداء أقعده وعند الأطباء هو الزمن اهـ **قوله في المتن: (وفرض عين إن هجم العدو)**

---

(١) أخرجه البخاري في التوحيد (٧٤٨٠)، ومسلم في الجهاد والسير (١٧٧٨)، وأحمد في مسنده (٤٥٧٤).

والمولى لا يظهر في حق فروض الأعيان كالصلاة والصيام بخلاف ما قبل النفير لأن بغيرهم كفاية فلا ضرورة إلى إبطال حقهما، وكذا الولد يخرج بغير إذن والديه، وفي غير النفير العام لا يخرج إلا بإذنهما، وكذا كل سفر فيه خطر لأن الإشقاق عليه يضرهما وإن لم يكن فيه خطر فلا بأس بأن يخرج بغير إذنهما إذا لم يضيعهما، والأجداد والجدات مثلهما عند عدمهما وكذا المدين لا يخرج إلا بإذن الدائن إلا في النفير العام والأصل فيه قوله تعالى: ﴿**انفروا** خفافاً وثقالاً﴾ [التوبة: ٤١] الآية. أي اخرجوا إلى الجهاد شباباً وشيوخاً أو ركباناً ومشاة **أو فقراء وأغنياء** وقد جاء في التفسير/ خفافاً شباباً أغنياء وثقالاً شيوخاً فقراء وهذا أبلغ وفي الجامع الصغير الجهاد [٨٠/أ/٢] واجب إلا أن المسلمين في سعة حتى يحتاج إليهم فقوله: في سعة إشارة إلى أن مباشرة القتال لا تجب في كل وقت بل الاستعداد له كاف، وقوله: حتى يحتاج إليهم إشارة إلى أن مباشرة القتال فرض على الكل عند الحاجة إليهم وهو النفير العام لأن المقصود حينئذٍ لا يحصل إلا بإقامة الكل فيفترض عليهم مباشرته، وذكر في النهاية معزياً إلى الذخيرة: إذا جاء النفير إنما يصير فرض عين على من يقرب من العدو وهم يقدرون على الجهاد، **فأما من وراءهم ببعد من العدو** فإن كان الذين بقرب العدو

قال في الهداية: فإن هجم العدو على بلد وجب على جميع الناس الدفع قال في المغرب: الهجوم الإتيان بغتة والدخول من غير استئذان من باب طلب يقال: هجم عليه حمل اهـ **قوله: (وكذا الولد يخرج بغير إذن والديه)** قال في التجنيس بعد أن رقم في عيون المسائل: لا يخرج الرجل إلى الجهاد إلا بإذن الوالدين فإن أذن له أحدهما ولم يأذن له الآخر فلا ينبغي أن يخرج وهما في سعة من أن يمنعاه إذا دخل عليهما مشقة لأن مراعاة حقهما فرض عين والجهاد فرض كفاية فكان مراعاة فرض العين أولى فإن كان له أبوان وله جدان وجدتان فإن أذن له أبو الأب وأم الأم ولم يأذن له الآخران فلا بأس بأن يخرج لأن أبا الأب قائم مقام الأب وأم الأم قائمة مقام الأم فكانا بمنزلة الأبوين، ولو أذن له الأبوان لابأس بأن يخرج فكذا هنا هذا إذا كان السفر سفر الجهاد، أما إذا كان غيره كالتجارة والحج فلا بأس بأن يخرج بغير إذن والديه لأنه ليس في هذين السفرين إبطال حقهما لأنه ليس فيه خوف هلاكه حتى لو كان السفر مثل السفر في البحر لا يخرج بغير إذنهما، ثم إنما يخرج بغير إذنهما للتجارة إذا كانا مستغنيين عن خدمته، أما إذا كانا محتاجين فلا اهـ **قوله: (انفروا)** يقال: نفر إلى الغزو نفراً ونفيراً أي خرج فإن قلت: قوله تعالى: ﴿انفروا﴾ عام وليس فيه تخصيص بالنفير العام فكيف خص بالتنفير العام قلت: لو لم يتخصص بالتنفير العام لوقع الناس في حرج ولأنه عليه الصلاة والسلام كان يخرج معه خلق كثير من أهل المدينة فعلم أن التنفير خفافاً وثقالاً فيما إذا كان التنفير عاماً بأن لا يندفع شر الأعداء بالبعض فحينئذ يفترض على الكل

عاجزين عن مقاومة العدو أو قادرين إلا أنهم لا يجاهدون لكسل بهم أو تهاون افترض على من يليهم فرض عين ثم من يليهم كذلك حتى يفترض على هذا التدريج على المسلمين كلهم شرقاً وغرباً، **وعلى هذا التفصيل صلاة الجنازة** وتجهيزها.

قال رحمه الله: (**وكره الجعل** إن وجد فيء) والمراد به أن يضرب الإمام الجعل على الناس للذين يخرجون إلى الجهاد لأنه يشبه الأجر على الطاعة فحقيقته حرام فيكره ما أشبهه، ولأن مال بيت المال معد لنوائب المسلمين وهذا من جملته.

قال رحمه الله: (وإلا لا) أي إن لم يوجد في بيت المال فيء لا يكره لأن الحاجة إلى الجهاد ماسة وفيه تحمل الضرر الأدنى **لدفع الأعلى**، وقد «أخذ النبي ﷺ دروعاً من صفوان عند الحاجة بغير رضاه»(١) وعمر رضي الله عنه كان **يغزي العزب** عن ذي الحليلة **ويعطي الشاخص** فرس القاعد»(٢) وقيل يكره أيضاً لما بينا، والصحيح الأول لأنه تعاون على البر وجهاد من البعض بالمال ومن البعض بالنفس وأحوال الناس مختلفة فمنهم من يقدر على الجهاد بالنفس والمال ومنهم من يقدر بأحدهما وكل ذلك واجب لقوله تعالى: ﴿وجاهدوا بأموالكم وأنفسكم﴾ [التوبة: ٣٩]، وقوله: ﴿إن الله اشترى من المؤمنين أنفسهم وأموالهم بأن لهم الجنة يقاتلون في سبيل الله فيقتلون ويقتلون﴾ [التوبة: ١١١]، وقال تعالى: ﴿وتعاونوا على البر والتقوى﴾

لتحصيل المقصود وهو قهر الكفار ودفع شرهم يدل على هذا قوله تعالى: ﴿وما كان المؤمنون لينفروا كافة﴾ [التوبة: ١٢٢] قال الزجاج في تفسيره: «يروى أن ابن أم مكتوم جاء إلى النبي ﷺ فقال له: أعلي أن أنفر فقال: لا». **قوله**: (**أو فقراء وأغنياء**) أي أو مهازيل وسماناً أو صحاحاً ومرضى اهـ إتقاني. **قوله**: (**فأما من وراءهم ببعد من العدو**) أي ففي حقهم فرض كفاية إذا لم يحتج إليهم اهـ دراية. **قوله**: (**وعلى هذا التفصيل صلاة الجنازة**) أي تجب على أهل محلته ولا تجب على من بعد عن الميت إلا إذا علم أن أهل الميت يضيعونه أو عاجزون عن إقامة أسبابه اهـ كاكي. **قوله في المتن**: (**وكره الجعل**) الجعل ما جعل من شيء للإنسان على شيء يفعله والمراد هنا ما يضربه الإمام للغزاة على الناس بما يحصل به التقوّي للخروج إلى الحرب اهـ إتقاني. **قوله**: (**لدفع الأعلى**) أي الضرر الأعلى شر الكفرة اهـ إتقاني. **قوله**: (**يغزى**) يقال: أغزى الأمير الجيش إذا بعثه إلى العدو اهـ إتقاني. **قوله**: (**العزب**) قال في المغرب: العزب بالتحريك من لا زوج له ولا يقال: أعزب وقد جاء في حديث النوم في المسجد عن نافع قال: أخبرني «عبد الله أنه كان ينام في مسجد النبي

---

(١) أخرجه أبو داود في البيوع (٣٥٦٣).
(٢) ذكره الزيلعي في نصب الراية (٣/ ٣٧٧).

[التوبة: ٤١] وقال عليه الصلاة والسلام: «المؤمنون كالبنيان يشد بعضهم بعضاً»[١] وأطلق الإباحة في اليسير ولم يقيده بشيء واستدل عليه بقوله عليه الصلاة والسلام: «مثل المؤمن يغزو بأجر كمثل أم موسى ترضع ولدها لنفسها وتأخذ عليه الأجر» وكانت تأخذ من فرعون دينارين كل يوم.

قال رحمه الله: (**فإن حاصرناهم ندعوهم** إلى الإسلام) لما روي عن ابن عباس أنه قال: «ما قاتل رسول الله ﷺ قوماً قط إلا دعاهم»[٢] رواه أحمد: «وقال عليه الصلاة والسلام لفروة بن المسيك لا تقاتلهم حتى تدعوهم إلى الإسلام» رواه أحمد.

قال رحمه الله: (فإن أسلموا وإلا إلى الجزية) أي فإن أسلموا كففنا عن قتالهم لحصول المقصود وقد قال عليه الصلاة والسلام: «أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله فإذا قالوها عصموا مني دماءهم وأموالهم إلا بحقها [وحسابهم على الله»[٣]][٤] ولا بد من أن يؤمن برسول الله ﷺ وإنما اكتفى في الحديث بكلمة

ﷺ وهو شاب أعزب»[٥] وفي مختصر الكرخي الأيم من النساء مثل الأعزب من الرجال ويقال: امرأة عزب أيضاً أنشد الجرمي:

يا من يدل عزباً على عزب

انتهى وفي المصباح قال أبو حاتم ولا يقال: رجل أعزب، قال الأزهري[٦]: وأجازه غيره وقياس قول الأزهري أن يقال: امرأة عزباء مثل أحمر وحمراء اهـ **قوله: (ويعطي الشاخص)** قال الإتقاني رحمه الله: والشاخص اسم فاعل من شخص من مكان إلى مكان إذا سار في ارتفاع فإذا سار في حدور فهو هابط، كذا قاله ابن دريد. وشخص الرجل ببصره إذا أحدَّ النظر رافعاً طرفه إلى السماء ولا يكون الشاخص إلا كذلك والمراد هنا الأول اهـ **قوله في المتن: (فإن حاصرناهم إلخ)** لما فرغ المصنف من بيان أن الجهاد فرض كفاية أو عين على تقدير النفير العام وعلى من يجب وعلى من لا يجب شرع في بيان كيفية القتال اهـ **قوله: (ندعوهم الخ)** أما الأمر بالدعاء إلى الإسلام فلقوله تعالى: ﴿وما كنا معذبين حتى نبعث

---

(١) أخرجه البخاري في المظالم والغصب (٢٤٤٦)، ومسلم في البر والصلة والآداب (٢٥٨٥) واللفظ له، والترمذي في البر والصلة (١٩٢٨)، والنسائي في الزكاة (٢٥٦٠)، وأحمد في مسنده (١٩١٢٧).

(٢) أخرجه أحمد في مسنده (٢١٠٦)، والدارمي في السير (٢٤٤٤).

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) ما بين معكوفتين زيادة من المطبوع.

(٥) أخرجه البخاري في الصلاة (٤٤٠)، ومسلم في فضائل الصحابة (٢٤٧٩)، والنسائي في المساجد (٧٢٢)، وابن ماجه في تعبير الرؤيا (٣٩١٩).

(٦) هو محمد بن أحمد الأزهري الهروي أبو منصور أحد أئمة اللغة والأدب ولد في هراة بخراسان سنة (٢٨٢هـ)، وتوفي فيها سنة (٣٧٠هـ)، من آثاره: تهذيب اللغة. انظر سير أعلام النبلاء (١٦/ ٣١٦)، ومعجم المؤلفين (٨/ ٢٣٠).

التوحيد لأنهم كانوا يعتقدون الشرك فإذا وحدوا علم بذلك أنهم آمنوا بمحمد ﷺ لأنهم لم يعرفوا ذلك إلا منه عليه الصلاة والسلام وقوله: وإلا إلى الجزية أي إن لم يقبلوا الإسلام ندعوهم إلى أداء الجزية لما روي «أنه عليه الصلاة والسلام كان إذا أمّر أميراً على جيش أو سرية أمره به»[1] في حديث فيه طول رواه أحمد ومسلم والترمذي وصححه ولأنه آخر ما ينتهي به القتال لقوله تعالى: ﴿حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون﴾ [التوبة:٢٩] فوجبت الدعوة إليه كما تجب إلى الإسلام، وهذا في حق من تقبل منه الجزية كأهل الكتاب والمجوس وعبدة الأوثان من العجم، وأما/ من لا تقبل [٨٠ب/٢] منه كالمرتدين وعبدة الأوثان من العرب فلا ندعوهم إلى أداء الجزية لعدم الفائدة **إذ لا يقبل منهم إلا الإسلام**. قال الله تعالى: ﴿تقاتلونهم أو يسلمون﴾ [الفتح:١٦].

قال رحمه اللّه: (فإن قبلوا فلهم ما لنا وعليهم ما علينا) أي إن قبلوا أداء الجزية لقول علي رضي الله عنه: إنما بذلوا الجزية لتكون دماؤهم كدمائنا وأموالهم كأموالنا ومراده بالبذل القبول، وكذا بالإعطاء المذكور في الآية لأن العصمة تحصل لهم قبل أدائها **بمجرد القبول**.

قال رحمه اللّه: (ولا نقاتل من لم تبلغه الدعوة إلى الإسلام) لما روينا ولأنهم بالدعوة إليه يعلمون أنا نقاتلهم على الدين لا على شيء آخر من الذراري وسلب الأموال فلعلهم يجيبون فيحصل المقصود بلا قتال ومن قاتلهم قبل الدعوة يأثم للنهي عنه، ولا يغرم لأنهم غير معصومين بالدين أو الإحراز بالديار **فصار كقتل من لا يقاتل منهم**، وقال الشافعي: يضمنون والحجة عليه ما بينا.

قال رحمه اللّه: (وندعو ندباً من بلغته) أي ندعو استحباباً من بلغته الدعوة

رسولاً﴾ [الإسراء:١٥] لكن هذا فيما إذا لم تبلغهم الدعوة فإذا بلغتهم فلا حاجة إلى تجديد الدعوة، ألا ترى إلى ما روى صاحب السنن أن نبي الله ﷺ أغار على بني المصطلق وهم غارّون وأنعامهم تسقى على الماء فقتل مقاتلتهم وسبى سبيهم وأصاب يومئذ جويرية بنت الحارث، والأفضل تكرار الدعوة وأما الأمر بالكف عنهم إن أجابوا إلى الإسلام فلقوله تعالى: ﴿فإن تابوا وأقاموا الصلاة وآتوا الزكاة فخلوا سبيلهم﴾ [التوبة:٥] ولقوله تعالى: ﴿فإن انتهوا فلا عدوان إلا على الظالمين﴾ [البقرة:١٩٣] ولأن المقصود من الجهاد إسلامهم وقد حصل اهـ إتقاني رحمه الله. وسيجيء جميع هذه الحاشية في المتن والشرح اهـ **قوله**: **(إذ لا يقبل منهم إلا الإسلام)** أي أو السيف اهـ **قوله**: **(بمجرد القبول)** أي قبل وجود الإعطاء والبذل بالإجماع اهـ إتقاني. **قوله**: **(فصار كقتل من لا يقاتل منهم)** أي كالنسوان

---

(١) أخرجه مسلم في الجهاد والسير (١٧٣١)، والترمذي في السير (١٦١٧)، وأحمد في مسنده (٢٢٥٢١)، والدارمي في السير (٣٤٣٩).

مبالغة في الإنذار ولا يجب ذلك لما روي عن البراء بن عازب أنه قال: «بعث رسول الله ﷺ رهطاً من الأنصار إلى أبي رافع فدخل عبد الله بن عتيك بيته ليلاً فقتله وهو نائم»(١) رواه أحمد والبخاري وقال في المحيط: قالوا: تقديم الدعوة إلى الإسلام على القتال كان في ابتداء الإسلام حين لم ينتشر الإسلام ولم يستفض، وأما بعد ما انتشر واستفاض وعرف كل مشرك إلى ماذا يدعى يحل له القتال قبل الدعوة ويقوم ظهور الدعوة وشيوعها مقام دعوة كل مشرك وهذا صحيح ظاهر، والدليل عليه ما روي عن ابن عون أنه قال: «كتبت إلى نافع أسأله عن الدعاء قبل القتال فكتب إلي إنما كان ذلك في أول الإسلام وقد أغار رسول الله ﷺ على بني المصطلق **وهم غارّون** وأنعامهم تسقى على الماء فقتل مقاتلهم وسبى ذراريهم وأصاب يومئذٍ جويرية ابنة الحارث حتى حدثني به عبد الله بن عمر وكان في ذلك الجيش»(٢) رواه أحمد ومسلم والبخاري، وعن أنس «كان رسول الله ﷺ إذا غزا قوماً لم يغر حتى يصبح فإن سمع أذاناً أمسك **وإن لم يسمع أغار** بعدما يصبح»(٣) رواه أحمد والبخاري، والإغارة لا تكون بعد الإعلام فإذا كان ذلك في زمنه ﷺ لاشتهار الإسلام فما ظنك في زماننا وقد اشتهر وبلغ المشرق والمغرب فلاتجب الدعوة بعد علمهم بالعناد ولأنهم لو اشتغلوا بالدعوة ربما يتحصنون فلا يقدر عليهم.

قال رحمه الله: (وإلا نستعين بالله تعالى ونحاربهم بنصب المجانيق وحرقهم وغرقهم وقطع أشجارهم وإفساد زروعهم ورميهم **وإن تترسوا** ببعضنا ونقصدهم) أي إن لم يقبلوا الجزية نستعين بالله تعالى عليهم ونحاربهم بهذه الأشياء التي ذكرها بكل ممكن فيه كسر شوكتهم وإلحاق الضرر بهم لما روي «أنه عليه الصلاة والسلام كان يقول في وصية أمير الجيش: فإن هم أبوا فاسألهم الجزية فإن أجابوك فاقبل منهم وكف عنهم فإن هم أبوا فاستعن بالله عليهم وقاتلهم»(٤) رواه مسلم. ولأنه تعالى هو الناصر لأوليائه والمدمر على أعدائه فيستعان به في كل الأمور ويقاتل بكل ما يمكن

والصبيان اهـ **قوله: (وهم غارُّون)** أي غافلون والغرة الغفلة اهـ كي. **قوله: (وإن لم يسمع أغار إلخ)** أغار على العدو هجم عليهم ديارهم وأوقع بهم اهـ مصباح. **قوله: (وإن تترسوا)** يقال:

---

(١) أخرجه البخاري في الجهاد والسير (٣٠٢٣).

(٢) أخرجه البخاري في العتق (٢٥٤١)، ومسلم في الجهاد والسير (١٧٣٠)، وأبو داود في الجهاد (٢٦٣٣)، وأحمد في مسنده (٤٨٤٢).

(٣) أخرجه البخاري في الجهاد والسير (٢٩٤٤)، ومسلم في الجهاد والسير (١٣٦٥) بنحوه، والترمذي في السير (١٥٥٠).

(٤) تقدم تخريجه.

لما روى الترمذي «أن النبي ﷺ نصب المنجنيق على أهل الطائف وأحرق رسول الله ﷺ بويرة وكان فيها نخل»(١) حتى قال الشاعر وهو حسان رضي الله عنه:

وهان على سراة بني لؤي حريق بالبويرة **مستطير**

وصح: «أنه عليه الصلاة والسلام قطع النخل وقال الله تعالى في ذلك: ﴿ما قطعتم من لينه أو تركتموها قائمة على أصولها فبإذن الله﴾ [الحشر: ٥]»(٢) رواه أحمد والبخاري ومسلم. ولأن في ذلك كله إلحاق الغيظ بهم وكبتهم وكسر شوكتهم وتفريق شملهم فيكون مشروعاً، وقد قال الله/ تعالى: ﴿ولا يطؤون موطئاً يغيظ الكفار﴾ [التوبة: ١٢٠]، وقوله: ورميهم وإن تترسوا ببعضنا ونقصدهم يعني نحاربهم برميهم وإن تترسوا بالمسلمين ونقصدهم بالرمي دون المسلمين وقال الحسن بن زياد: **إذا علم أن فيهم مسلماً وأنه يتلف بذلك لا يحل** لأن الإقدام على قتل المسلم حرام وترك قتل الكافر جائز، ألا ترى أن للإمام أن لا يقتل الأسارى لمنفعة المسلمين فكان مراعاة جانب المسلم من ذلك الوجه ونحن نقول: أمرنا بقتالهم فلو اعتبرنا هذا المعنى أدى إلى سد باب الجهاد لأن حصونهم ومدائنهم لا تخلو عن مسلم ولأن في الرمي دفع الضرر العام بإلحاق ضرر خاص فكان أولى، ألا ترى أنه يجوز لنا أن نفعل بهم ذلك وإن كان فيهم من لا يجوز لنا قتلهم كنسائهم وصبيانهم والرهبان والشيوخ ونقصد بالرمي الكفار لأن التمييز بالنية ممكن، وإن لم يمكن فعلاً والتكليف بحسب الطاقة **وإن أصابوا منهم فلا دية عليهم ولا كفارة**. وقال الشافعي: تجب فيه االدية والكفارة لأنه قتل مسلماً خطأ **فيجب موجبه** لأن الإطلاق للضرورة لا ينافي الضمان كأكل مال الغير حالة المخمصة، ولنا أن الجهاد فرض **فلا تجامعه**

[٨١/أ/٢]

تترس بالترس إذا توقى به اهـ إتقاني. **قوله**: (**في الشعر مستطير**) المستطير المنتشر اهـ **قوله**: (**إذا علم أن فيهم مسلماً وأنه يتلف بذلك لا يحل**) أي وبه قالت الأئمة الثلاثة اهـ كاكي. **قوله**: (**وإن أصابوا منهم فلا دية عليهم ولا كفارة**) فإن قلت: يرد عليكم على هذا قوله عليه الصلاة والسلام: «ليس في الإسلام دم مفرج» أي مهدر قلت: لا نسلم لأنه عام خص منه البغاة وقطاع الطريق فيخص التنازع بما قلناه اهـ إتقاني رحمه الله. وقال الحسن بن زياد: عليه الدية والكفارة كذا ذكره القدوري في شرحه اهـ إتقاني. **قوله**: (**فيجب موجبه**) ولنا أنه عالم بالمرمى ولا خطأ مع العلم اهـ إتقاني. **قوله**: (**فلا تجامعه الغرامة**) أي ولأن في إيجاب الضمان سد باب الجهاد فلا يجوز لأن الناس إذا علموا أن فيه ضماناً يمتنعون عنه خوفاً من

---

(١) أخرجه البخاري في الجهاد والسير (٤٠٣١)، ومسلم في الجهاد والسير (١٧٤٦)، والترمذي في السير (١٥٥٢)، وأبو داود في الجهاد (٢٦١٥).

(٢) تقدم تخريجه.

الغرامة كتعزير الإمام وحدّه وكالبزاغ والفصاد لأنه التزمه بعقد بخلاف ما ذكر لأن أكل مال الغير حالة المخمصة ليس بفرض، **وإنما هو رخصة** حتى كان تركه أولى لكونه أخذاً بالعزيمة وبخلاف المرور على الطريق وضرب الزوجة لأنه مطلق له وليس بفرض عليه فكان مقيداً بشرط السلامة.

قال رحمه اللّه: (ونهينا عن إخراج مصحف وامرأة **في سرية يخاف عليها**) لما فيه من تعريض المصحف على الاستخفاف وهو المراد بقوله ﷺ: «لا تسافروا بالقرآن في أرض العدو»[١] وقيل: قارئ القرآن، وذكر الطحاوي أن هذا النهي كان في ابتداء الإسلام حين كانت المصاحف والقراء قليلين فيخاف ذهاب شيء من القرآن ثم انتسخ ذلك حين كثرت المصاحف والقراء عن ظهر القلب، والأول أصح وأحوط وكذا فيه تعريض المرأة على الضياع والفضائح فيكره إخراجها وإن دخل إليهم بأمان فلا بأس بأن يحمل معه المصحف إذا كانوا قوماً يوفون بالعهد لأن الظاهر عدم الخيانة والجري على العادة، وإن كان العسكر عظيماً فلا بأس بإخراج العجائز للخدمة من الطبخ والخبز ومعالجة المرضى وغير ذلك لأن الغالب فيه السلامة إذا كانت الشوكة لهم والغالب كالمتحقق ولا يباشرن القتال إلا عند الضرورة لأنه يستدل به على ضعفهم فيجترئ عليهم العدو، وأما الشواب منهن فقرارهن في البيت أسلم والأولى أن لا يخرجوا النساء أصلاً خوفاً من الفتن وربما حزبهم أمر فاشتغلوا عنهن فلا يتمكن من الدفع، وإن لم يكن لهم بد من الإخراج للمباضعة فالإماء دون الحرائر فإن حكم اختلاط النساء بالرجال في حق الإماء أخف، ألا ترى أنه لا بأس للأمة أن تسافر بغير محرم وقضاء الشهوة والخدمة يحصل بها فلا حاجة إلى الحرائر.

قال رحمه اللّه: **(وغدر وغلول)** لما روي أنه عليه الصلاة والسلام نهى عنهما»[٢] وكلاهما هو الخيانة إلا أن الغلول في المغنم خاصة، والغدر أعم.

الضمان اهـ إتقاني. **قوله: (وإنما هو رخصة)** أي بل إذا صبر حتى مات كان مثاباً اهـ كي. **قوله في المتن: (في سرية)** السرية عدد قليل يسيرون بالليل ويكمنون بالنهار ذكره في المبسوط اهـ **قوله: (يخاف عليها)** في بعض النسخ عليهما بضمير المثنى وفي بعضها بالإفراد على أنه راجع إلى السرية وعلى النسخة الأولى يرجع الضمير إلى المصحف والمرأة وكلاهما صحيح اهـ **قوله في المتن: (وغدر وغلول)** في المحيط هذا بعد الظفر وإعطاء الأمان، وأما قبل الأمان فلا بأس به وكذا بالمثلة قبل الظفر أو الأمان اهـ كي. **قوله في المتن:**

---

(١) أخرجه البخاري في الجهاد والسير (١٩٩٠)، ومسلم في الإمارة (١٨٦٩)، وأبو داود في الجهاد (٢٦١٠).

(٢) تقدم تخريجه.

قال رحمه الله: (ومثلة) لما روي عن صفوان بن عسال قال: «بعثنا رسول الله ﷺ في سرية فقال: سيروا باسم الله وفي سبيل الله قاتلوا من كفر بالله ولا تمثلوا ولا تغدروا ولا تقتلوا وليداً»[١] رواه أحمد وابن ماجة. وفي شرح المختار المنهية بعد الظفر بهم ولا بأس بها قبله لأنه أبلغ في كبتهم وأضرّ بهم وهذا حسن ونظيره الإحراق بالنار.

قال رحمه الله: (وقتل امرأة وغير مكلف / وشيخ فان وأعمى ومقعد) لما «روي [٨١ب/٢] أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن قتل النساء والصبيان»[٢] رواه أحمد والبخاري ومسلم وجماعة أخر وعن أنس رضي الله عنه «أن سول الله ﷺ قال: انطلقوا باسم الله وعلى ملة رسول الله لا تقتلوا شيخاً فانياً ولا طفلاً ولا صغيراً ولا امرأة»[٣] الحديث رواه أبو داود. ولأن الآدمي خلق معصوم الدم ليمكنه تحمل **أعباء** التكاليف وإباحة القتل عارض بحرابه لدفع شره ولا يتحقق منهم الحراب فبقوا على أصل العصمة **وعلى هذا الرهبان** الذين لا يقاتلون والمقطوع إحدى يديه وإحدى رجليه أو اليمنى، والشافعي يخالفنا في الشيخ والمقعد والأعمى لأن القتل عنده جزاء الكفر وقد تحقق. قلنا: الدنيا دار التكليف وليست بدار الجزاء وإنما أوجب في مقارفة بعض الجنايات في الدنيا لتنتظم مصالح العباد لأن السفهاء لا ينتهون بمجرد الوعيد.

قال رحمه الله: (إلا أن يكون أحدهم ذا رأي في الحرب أو ملكاً) فحينئذٍ يقتل لأن في قتله كسر شوكتهم وإزالة ضررهم عن المسلمين وقد صح أن رسول الله

(ومثلة) قال في المصباح: مثلت بالقتيل مثلاً من باب قتل وضرب إذا جدعته وظهر آثار فعلك عليه تنكيلاً والتشديد مبالغة والمثلة وزان غرفة اهـ وفي المغرب: ومثل به مثلة وذلك أن يقطع بعض أعضائه أو يسود وجهه اهـ **قوله في المتن: (وشيخ فان)** في الذخيرة: هذا الجواب في الشيخ الكبير الفاني الذي لا يقدر على القتال ولا على الصياح عند التقاء الصفين ولو كان يقدر على الصياح يقتل لأنه بصياحه يحرضهم على القتال، وكذا إذا كان قادراً على الإحبال لأنه يجيء منه الولد فيكثر محارب المسلمين اهـ دراية. **قوله: (أعباء)** العبء بالكسر الحمل والجمع الأعباء قاله الجوهري اهـ **قوله: (وعلى هذا الرهبان)** وفي السير الكبير لا يقتل الراهب في صومعته ولا أهل الكنائس الذين لا يخالطون الناس، وإذا خالطوا يقتلون كالقسيس وغيره وكذلك الراهب إن دل على عورة المسلمين يجوز قتله اهـ إتقاني.

---

(١) أخرجه ابن ماجه في الجهاد (٢٨٥٧)، وأحمد في مسنده (١٧٦٢٨).

(٢) أخرجه البخاري في الجهاد والسير (٣٠١٥)، ومسلم في الجهاد والسير (١٧٤٤)، والترمذي في السير (١٥٦٩)، وابن ماجه في الجهاد (٢٨٤١).

(٣) أخرجه أبو داود في الجهاد (٢٦١٤).

ﷺ «**قتل دريد بن الصمة**»(١) وكان ابن مائة وعشرين سنة وقيل: ابن مائة وستين سنة لأنه كان صاحب رأي وهو أعمى **فإذا كان يجوز قتل صبيان المشركين** لمصلحة المسلمين فقتل شيوخهم أولى إذا كان فيه مصلحة **بأن كان ملكاً**، وإن لم يكن فيه مصلحة لا يقتل إلا إذا قاتل فيقتل دفعاً، وكذا المجنون لا يقتل إلا مادام يقاتل وغيرهما لا بأس بقتله بعد الأسر إذا كان قد قاتل لأنه من أهل العقوبة في الجملة لتوجه الخطاب عليه وإن كان المجنون يفيق في بعض الأوقات فهو في حال إفاقته كالصحيح فيقتل قاتل أو لم يقاتل.

قال رحمه الله: (وقتل أب مشرك) لقوله تعالى **وصاحبهما في الدنيا معروفاً** وليست البداءة بالقتل من المعروف ولأنه سبب لإحيائه فلا يكون هو سبباً لإفنائه.

قال رحمه الله: (**وليأب** الابن ليقتله غيره) يعني إذا أدركه في الصف أو غيره لا يقتله بل يمتنع عنه حتى يقتله غيره لقوله عليه الصلاة والسلام لحنظلة حين استأذنه لقتل أبيه: «دعه يقتله غيرك» ولأن المقصود يحصل بغيره من غير ارتكابه المحظور وإن لم يكن ثم من يقتله لا يمكنه من الرجوع حتى لا يعود حرباً على المسلمين ولكنه يلجئه إلى مكان يستمسك به حتى يجيء غيره فيقتله، وإن قصد الأب قتله ولم يمكنه دفعه إلا بقتله فلا بأس بقتله، لأن هذا دفع عن نفسه وإيثار لحياته وهو له أن يدفع أباه المسلم بالقتل إذا قصد الأب قتله فالكافر أولى، وكذا له أن يؤثر حياته ألا ترى أنه لو كان للابن ماء يكفي أحدهما فللابن أن يشربه **وإن كان الأب يموت عطشاً**، ولهذا يحبس الأب بنفقة ولده دون دينه لأنه بمنع النفقة قصد إتلافه فكان الحبس فيه من باب دفع الهلاك، ومع هذا لو قتله لا يجب عليه شيء

قوله: (**قتل دريد بن الصمة**) أي يوم حنين وكانوا استحضروه ليدبر لهم اهـ كي. وقال الإتقاني: يوم أوطاس اهـ **قوله**: (**فإذا كان يجوز قتل صبيان المشركين**) الذي بخط الشارح فإذا كان يجوز قتل صبيان المسلمين لمصلحة المسلمين فقتل صبيانهم أولى اهـ **قوله**: (**بأن كان ملكاً**) أي الصغير للكفار اهـ **قوله**: (**وصاحبهما في الدنيا معروفاً**) وفي السير الكبير المراد الأبوان المشركان بدليل قوله تعالى: ﴿وإن جاهداك على أن تشرك بي﴾ [لقمان: ١٥] اهـ كي. **قوله في المتن**: (**وليأبى**) كذا بخط الشارح اهـ **قوله**: (**وإن كان الأب يموت عطشاً**) رجل وابنه في الصحراء أو في مفازة ومعهما من الماء قدر ما يكفي لأحدهما من أحق بالماء فالابن أحق بالماء لأن الأب لو كان أحق لكان على الابن أن يسقي أباه ومتى سقى أباه مات من العطش فيكون هذا إعانة على قتل نفسه، وإن شرب هو لم يعن الأب على قتل نفسه وصار كرجل قتل نفسه، وآخر قتل غيره فقاتل نفسه أعظم إثماً اهـ ولوالجي

---

(١) ذكره ابن حجر في التلخيص الحبير (٤/١٠٣).

لعدم العاصم وقد قال عمير بن مالك: «قال رجل لرسول الله ﷺ [لقيت أبي في العدو فسمعت منه مقالة لك فقتلته فسكت رسول الله ﷺ][(١)]»[(٢)] ولو كان فيه شيء لبينه إذ هو موضع الحاجة وأجداده وجداته من قبل الأب والأم كأبويه حتى لا يبتدئهم بالقتل ولا يكره قتل أخيه وخاله وعمه المشركين لأنهم ليسوا كالأصول، ألا ترى أنه لا تجب عليه نفقتهم مع اختلاف الدين بخلاف أخيه الباغي حيث لا يجوز له قتله لأنه يجب إحياؤه بالإنفاق عليه لاتحاد الدين، فكذا بترك القتل وكذلك يجوز له قتل ابنه الكافر لأنه لا يجب عليه إحياؤه، ولهذا لا يجب عليه نفقة ابنه المحارب.

قال رحمه الله: (**ويصالحهم** ولو بمال إن خيراً) أي يصالح الإمام أهل الحرب إن كان الصلح خيراً للمسلمين لقوله تعالى: ﴿وإن جنحوا للسلم فاجنح لها﴾ [الأنفال: ٦١] أي مالوا للصلح «وصالح رسول الله ﷺ / أهل مكة عشر سنين على أن يضعوا الحرب بينهم» وكان في ذلك نظر للمسلمين لمواطأة كانت بينهم وبين أهل خيبر، ولأن الصلح جهاد في المعنى إذا كان فيه مصلحة إذ المقصود من الجهاد دفع الشر ولا يقتصر الحكم على المدة المذكورة بل يجوز أكثر من ذلك إذا تعين فيه الخيرية لإطلاق النص بخلاف ما إذا لم يكن فيه خير **حيث لا يجوز**، لقوله تعالى: ﴿فلا تهنوا وتدعوا إلى السلم وأنتم الأعلون﴾ [محمد: ٣٥] ولأنه لما لم يحصل فيه دفع شرهم كان الصلح تركاً للجهاد صورة ومعنى، وهو فرض فلا يجوز تركه من غير عذر وقوله: ولو بمال أي بمال يأخذه المسلمون منهم لأنه إذا جاز بغير مال فبالمال أولى إذا كان بالمسلمين حاجة لما بينا أنه جهاد في المعنى وإن لم يكن لهم إليه حاجة لا يجوز لأنه ترك الجهاد صورة ومعنى والمأخوذ من المال يصرف مصارف الجزية لأنه مأخوذ بقوة المسلمين كالجزية إلا إذا نزلوا بدارهم للحرب فحينئذ يكون غنيمة لكونه مأخوذاً بالقهر وحكمه معروف ولو حاصر العدو المسلمين وطلبوا الصلح بمال يأخذونه من المسلمين لا يفعل الإمام ذلك لما فيه من إعطاء **الدنية** وإلحاق المذلة بالمسلمين، وفي الخبر ليس للمؤمن أن يذل نفسه إلا إذا خاف الهلاك لأن دفع الهلاك بأي طريق أمكن واجب وأراد رسول الله ﷺ يوم الأحزاب أن يصرفهم

[٨٢/١/٢]

في الكراهية اهـ **قوله في المتن: (ويصالحهم إلخ)** ترجم الشيخ الشلبي هنا بباب الموادعة ومن يجوز أمانه اهـ وقال: إنما سميت المصالحة موادعة لما فيها من ترك القتال والودع الترك اهـ من خطه. **قوله: (حيث لا يجوز)** الذي بخط الشارح حتى لا يجوز اهـ **قوله: (الدنية)** أي

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من المطبوع.

(٢) أخرجه البيهقي في سننه الكبرى (٩/ ٢٧).

عن المسلمين بثلث ثمار المدينة كل سنة فقال سيدا الأنصار **سعد بن معاذ وسعد بن عبادة** رضي الله عنهما: يا رسول الله إن كان هذا عن وحي فامض لما أمرت به وإن كان رأياً رأيته فقد كنا في الجاهلية لم يكن لنا ولا لهم دين فكانوا لا يطعمون من ثمار المدينة إلا شراء أو قرى فإذا أعزنا الله تعالى بالإسلام وبعث فينا رسوله نعطيهم الدنية، لا نعطيهم إلا السيف. فقال عليه الصلاة والسلام: «إني رأيت العرب رمتكم عن قوس واحدة فأحببت أن أصرفهم عنكم فإن أبيتم ذلك فأنتم وذاك وسرّ عليه السلام بذلك فقال: اذهبوا لا نعطيكم إلا السيف» وميلانه عليه الصلاة والسلام في الابتداء دليل على أنه يجوز عند خوف الهلاك وقد كان رسول الله ﷺ يعطي المؤلفة قلوبهم لدفع ضررهم وكل ذلك جهاد معنى.

قال رحمه اللّٰه: (ونبذ لو خيراً) معناه لو صالحهم الإمام ثم رأى نقض الصلح أصلح **نبذ إليهم** وقاتلهم لأن المصلحة لما تبدلت كان النقض جهاداً صورة ومعنى وإيفاء العهد ترك الجهاد صورة ومعنى ولا بد من النبذ إليهم لقوله تعالى: ﴿فانبذ إليهم على سواء﴾ [الأنفال: ٥٨] ولأن الغدر به ينتفي فكان واجباً ونبذ عليه الصلاة والسلام إلى أهل مكة ويكون النبذ على الوجه الذي كان الأمان فإن كان منتشراً يجب أن يكون النبذ كذلك وإن كان غير منتشر بأن أمنهم واحد من المسلمين سراً يكتفى بنبذ ذلك الواحد وهو على قياس الإذن بالحجر فإن الحجر يكون على الوجه الذي كان الإذن فيه من الجهر والسر ثم بعد النبذ لا يجوز قتالهم حتى يمضي عليهم زمان يتمكن فيه ملكهم من إنفاذ الخبر إلى أطراف مملكته، وإن كانوا خرجوا من حصونهم وتفرقوا في البلاد وفي عساكر المسلمين أو خربوا حصونهم بسبب الأمان فحتى يعودوا كلهم إلى مأمنهم ويعمروا حصونهم مثل ماكانت توقياً عن الغدر هذا إذا صالحهم مدة فرأى نقضه قبل مضي المدة، وأما إذا مضت المدة يبطل الصلح بمضيها فلا ينبذ إليهم ولوكانت الموادعة على جعل فنقضه قبل مضي المدة رده عليهم بحصته لأنه مقابل بالأمان في المدة فيرجعون بما لم يسلم لهم الأمان فيه.

قال رحمه اللّٰه: (ونقاتل بلا نبذ لو خان ملكهم) لأن النبذ لنقض العهد، وقد / [٨٢ ب/٢] انتقض بالخيانة منهم فلا يتصور نقضه بعد ذلك وكذا إذا دخل دار الإسلام جماعة منهم لهم منعة بإذن ملكهم وقاتلوا المسلمين علانية لما ذكرنا، وإن كان دخولهم بغير إذن ملكهم انتقض العهد في حقهم لا غير حتى يجوز قتلهم واسترقاقهم لأنهم استبدوا بأنفسهم فينتقض العهد في حقهم ولا ينتقض في حق غيرهم لأن فعلهم لا يلزم غيرهم، وإن لم يكن لهم منعة لم يكن نقضاً للعهد.

النقيصة اهـ اك. **قوله**: (**سعد بن معاذ**) هو سيد الأوس اهـ **قوله**: (**وسعد بن عبادة**) هو سيد الخزرج اهـ **قوله في المتن**: (**نبذاً إليهم**) أي بعث إليهم من يعلمهم بنقض العهد اهـ **قوله في**

قال رحمه الله: (والمرتدين بلا مال) أي نصالح المرتدين بلا أخذ مال منهم لأن الإسلام مرجو منهم فجاز تأخير القتال طمعاً فيه إذا كان في التأخير مصلحة للمسلمين كما في أهل الحرب وإنما لم يؤخذ منهم المال لأنه يشبه الجزية لأن كلاً منهما ترك القتال بالمال غيرأ ن الجزية مؤبدة، وهذا مؤقت وهم لا تقبل منهم الجزية فكذا هذا.

قال رحمه الله: (فإن أخذ لم يرد) أي إن أخذ المال منهم على الصلح لا يرده عليهم لأن أموالهم غير معصومة فجاز أخذها ابتداء بغير رضاهم، وعلى هذا إذا طلب أهل البغي الموادعة أجيبوا إليها إن كان فيه مصلحة لأهل العدل ولا يؤخذ منهم شيء لأنه لا يجوز وضع الجزية عليهم وأموالهم معصومة.

قال رحمه الله: **(ولم نبع سلاحاً منهم)** أي من أهل الحرب «لأنه عليه الصلاة والسلام نهى عن ذلك» ولأن فيه تقوية لهم فيحرم، **وكذا الكراع** والحديد لما فيه من تقويتهم على الحرب لأن الحديد أصل السلاح، وكذا بعد الصلح لأنه على شرف النقض أو الانقضاء، وكذا الرقيق لأنهم يتوالدون عندهم فيعودون حرباً علينا، ولا فرق بين أن يكون مسلماً أو كافراً لما ذكرنا، ثم ما يمنع المسلم يمنع المستأمن منهم أيضاً أن يدخل به دارهم لما ذكرنا، وإن خرج هو بشيء مما ذكرنا فلا يمنع من الرجوع به إلا إذا أسلم العبد، وإن بادل شيئاً مما ذكرنا بجنسه لا يمنع من الدخول به إلا إذا كان خيراً منه، وإن باعه بدراهم ثم اشترى غيره يمنع مطلقاً ولا يمنع من إدخال الطعام والقماش والقياس أن يمنع لأن فيه تقويتهم، إلا أنا تركناه بما روي عنه عليه الصلاة والسلام أمر ثمامة أن **يمير** أهل مكة.

قال رحمه الله: (ولم نقتل من أمّنه حر أو حرة) لأن أمان واحد حر من المسلمين كافراً واحداً أو جماعة صحيح لقوله ﷺ: «ذمة المسلمين واحدة يسعى بها أدناهم»[١] رواه أحمد. الذمة العهدة وأدناهم أي **أقلهم عدداً** وهو الواحد فإنه يتولى العهد المؤبد والمؤقت، وقال عليه السلام: «إن المرأة لتأخذ للقوم»[٢] أي تجير رواه أحمد والترمذي وقال حديث حسن غريب. «وأجاز عليه الصلاة والسلام

المتن: (ولم نبع سلاحاً منهم) أي ولا نبعث التجار إليهم اهـ ك. **قوله: (وكذا الكراع)** يعني الخيل اهـ **قوله: (يمير)** يقال: مار أهله أي أتاهم بالطعام اهـ ك. **قوله: (أقلهم عدداً)** وإنما

---

(١) أخرجه مسلم في الحج (١٣٧٠)، والترمذي في الولاء والهبة (٢١٢٧)، وأحمد في مسنده (٦١٦).

(٢) أخرجه الترمذي في السير (١٥٧٩).

أمان أم هانئ رجلاً من المشركين يوم فتح مكة»[١] فيما رواه مسلم والبخاري وأحمد، ولأن الواحد من أهل القتال بنفسه وماله أو بماله من أهل منعة الإسلام فيخافونه فينفذ أمانه في حقه لولايته على نفسه ثم يتعدى إلى غيره ضرورة عدم التجزي لكون سببه لا يتجزأ وهو الإسلام فصار كولاية التزويج بيان أنه لا يتجزأ أن العصمة من القتل وحرمة الاسترقاق والاستغنام لا يتصوّر أن يثبت في بعض شخص دون بعضه وما لا يتجزأ لا يثبت إلا كاملاً، فيثبت في الكل في حق الكل لأنه لمصلحة الكل فيقوم الواحد مقام الكل لتعذر اجتماع الكل، وشرط أن يكون العاقد حراً لأن الرقيق ليس من أهل الجهاد فلا يخافه فلم يحصل له الأمن منه حتى يتعدى إلى غيره.

قال رحمه الله: (ونبذ لو شرّاً) أي نبذ الإمام أمان الواحد إذا كان شراً رعاية لمصالح المسلمين واحترازاً عن الغدر، وقال رسول الله ﷺ: «لكل غادر لواء يوم القيامة يعرف به»[٢] رواه أحمد والبخاري ومسلم ويؤدبه الإمام لانفراده برأيه بخلاف ما إذا/ كان فيه مصلحة لأنه ربما يفوت بالتأخير فيعذر. [٢/١٨٣]

قال رحمه الله: (وبطل أمان ذمي) لأنه متهم بهم، وكذا إلا ولاية له على المسلم ولم يوجد منه سبب الأمان أيضاً وهو الإيمان، إلا إذا أمره أمير العسكر أن يؤمنهم فيجوز أمانه لزوال ذلك المعنى برأي المسلم.

قال رحمه الله: (وأسير وتاجر) لأنهما مقهوران تحت أيديهم فلا يخافونهما والأمان يكون من الخوف، ولأنهما يجبران عليه فيعري الأمان عن المصلحة، ولو جاز مثل هذا لتحصنوا بأمانه كلما اشتد عليهم الأمر فيؤدي إلى سدّ باب الفتح، وكذا أمان المسلم الذي أسلم في دارهم ولم يهاجر إلينا، وكذا لو دخل مسلم في عسكر أهل الحرب في دار الإسلام وأمّنهم لايصح أمانه لأنه مقهور بمنعتهم فلا يصح إلا إذا أمنهم من يقاومهم بخلاف ما إذا أمن عشرين أو نحوهم في دار الإسلام، حيث يجوز أمانه لأن الواحد وإن كان مقهوراً باعتبار نفسه حيث لا يقاومهم لكنه قاهر ممتنع بقوّة المسلمين إذ هم لا يمتنعون عن جماعة المسلمين، فكان قاهراً لهم حكماً بخلاف الجيش فإنهم ممتنعون فلا يكونون في قهره حقيقة ولا حكماً، ألا ترى أن

فسر الأدنى بالأقل احترازاً عن تفسير محمد الآتي إذ عنده المراد بأدناهم أدناهم حالاً، وهو

---

(١) أخرجه البخاري في الصلاة (٣٥٧)، ومسلم في صلاة المسافرين وقصرها. وأحمد في مسنده (٢٦٨٣٣).

(٢) أخرجه البخاري في الجزية والموادعة (٣١٨٧)، ومسلم في الجهاد والسير (١٧٣٦)، وأحمد في مسنده (١٢٠٣٥).

قوماً من أهل الحرب لو دخلوا دارنا بغير أمان كانوا فيئاً ولو دخل جند عظيم منهم فقاتلهم قوم من المسلمين حتى قهروهم كانوا لهم خاصة لعدم صيرورتهم مقهورين بحصولهم في دار الإسلام، وعلى هذا التفصيل لو أخرجهم **واحد** من دار الحرب إلى دار الإسلام أو **في دار الحرب** إلى عسكر المسلمين لأنهم يخرجون بشوكتهم إذا كانوا جنداً عظيماً وإلا فبالأمان فلا يجوز غدرهم.

قال رحمه الله: (وعبد محجور عن القتال) أي لا يجوز أمان عبد محجور عليه عن القتال، وقال محمد والشافعي: يجوز أمانه وأبو يوسف مع محمد فيما ذكره الكرخي ومع أبي حنيفة رحمه الله فيما ذكره الطحاوي لمحمد والشافعي ما روينا من قوله عليه الصلاة والسلم: «ذمة المسلمين واحدة يسعى بها أدناهم»[1] أي أدناهم حالاً وهو العبد ولأنه مؤمن أهل للقتال فيخافونه فيكون أهلاً للأمان كالمأذون له في القتال وهذا لأن الإذن تأثيره في دفع المانع لا في إثبات الأهلية **لمن** ليس بأهل وأهلية هذا التصرف بالإيمان والامتناع، ولهذا لو عقد معهم عقد الذمة جاز لما قلنا: فكذا هذا بل أولى لأن هذا ليس للتأبيد فيمكن نقضه عند ظهور الخلل فيه، وإنما لا يملك القتال لما فيه من تعطيل مصالحه على المولى، ولا تعطيل في الكلام المجرّد بل فيه نفع يعود إلى المولى وغيره من المسلمين إذ الكلام فيه فيء مثل هذه الحالة، ولأبي حنيفة رحمه الله أن الأمان جهاد معنى على ما ذكرنا وهو محجور عليه عنه فيكون محجوراً عليه عن الأمان بالضرورة يحققه أن الأمان إزالة الخوف، ومن لم يباشر القتال لا يخافونه فكيف يصح أمانه، ولأنه نوع جهاد فلا يعمله إلا من يباشره فيخطىء ظاهراً فيمنع كيلا ينسدّ عليهم باب الفتح بخلاف العبد المأذون له بالقتال لأنه عالم بوجوه القتال ويخافونه لمباشرته القتال، وبخلاف المرأة لأنها من أهل الجهاد بمالها وكذا بنفسها حتى تخرج لتعمل عملاً يليق بحالها وذلك جهاد منها فيحصل الخوف منها وبخلاف عقد الذمة لأنه خلف عن الإسلام فهو بمنزلة الدعوة إليه، ولأنه مقابل بالجزية فيكون نفعه ظاهراً ولأنه فرض عليهم عند طلبهم ذلك وإسقاط الفرض نفع محض فافترقا، ولو أمن صبي لا يعقل لا يصح كالمجنون، وإن كان يعقل وهو محجور عليه فعلى الخلاف، وإن كان مأذوناً له في القتال فالأصح أنه

العبد لأنه جعله من الدناءة والعبد أدنى المسلمين اهـ **قوله**: (**أو في دار الحرب**) كذا بخط الشارح اهـ **قوله**: (**واحد**) كذا بخط الشارح وتقدم الحديث بلفظ واحدة اهـ **قوله**: (**كمن**) في خط الشارح بالكاف وصوابه كما في الكافي باللام اهـ

---

(١) تقدم تخريجه.

[٨٣ب/٢] يصح بالاتفاق، ومختلط العقل الذي يعقل/ [الإسلام ويصفه بمنزلة الصبي الذي يعقل][(١)] فيما ذكرنا.

باب الغنائم وقسمتها

قال رحمه الله: (**ما فتح الإمام عنوة** قسم بيننا أو أقرّ أهلها ووضع الجزية والخراج) يعني إذا فتح الإمام بلدة قهراً فهو بالخيار **إن شاء قسمها بين الغانمين** يعني بعد إخراج الخمس كما فعل رسول الله ﷺ بخيبر، **وإن شاء أقرّ أهلها** عليها ووضع عليهم الجزية وعلى أراضيهم الخراج كما فعل عمر رضي الله عنه بسواد العراق بموافقة الصحابة رضي الله عنهم أجمعين، **ولم يجد من خالفه من الصحابة** وغيرهم

باب الغنائم وقسمتها

إنما ذكر الغنائم بعد ذكر الأمان لأن الإمام إذا حاصر الكفار إما أن يؤمنهم وإما أن يقتلهم ويغنم أموالهم فكانت الغنيمة وقسمتها أحد ما يختاره الإمام، ثم الغنيمة اسم لمال مأخوذ من الكفرة بالقهر والغلبة والحرب قائمة والفيء ما أخذ منهم من غير قتال كالخراج والجزية، وفي الغنيمة خمس دون الفيء اهـ إتقاني. **قوله في المتن: (ما فتح الإمام عنوة)** قال في الهداية: وإذا فتح الإمام بلدة عنوة أي قهراً قال الإتقاني: قوله: عنوة، أي قهراً ليس بتفسير له لغة لأن العنوة من عنا يعنو إذا ذل وخضع، إلا أنه أراد القهر بطريق الكناية لأن القهر يستلزم الذل وذكر اللازم وإرادة الملزوم كناية اهـ وقال الكمال: وفسر المصنف العنوة بالقهر وهو ضدّه لأنه من عنا يعنو عنوة وعنواً إذا ذل وخضع ومنه وعنت الوجوه للحي القيوم، وإنما المعنى فتح بلدة حال كون أهلها ذوي عنوة أي ذل، وذلك يستلزم قهر المسلمين لهم وفيه وضع المصدر موضع الحال وهو غير مطرد إلا في ألفاظ عند بعضهم وإطلاق اللازم وإرادة الملزوم في غير التعاريف، بل ذلك في الإخبارات على أن يراد معنى المذكور لا المجاز لكن لينتقل منه إلى آخر هو المقصود بتلك الإرادة ككثير الرماد ولو أراد به نفس الجود كان مجازاً من السبب في المسبب، والوجه أنه مجاز اشتهر فإن عنوة اشتهر في نفس القهر عند الفقهاء فجاز استعماله فيه نفسه تعريفاً اهـ **قوله: (إن شاء قسمها بين الغانمين)** أي مع رؤوس أهلها استرقاقاً وأموالهم اهـ فتح. **قوله: (وإن شاء أقر أهلها)** أي منّ بها على أهلها وتركهم أحرار الأصل ذمة للمسلمين والأراضي مملوكة لهم، وجعل الجزية عليهم والخراج على أراضيهم اهـ كافي. **قوله: (ولم يجد من خالفه من الصحابة)** مثل بلال

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من المطبوع.

رضي اللّه عنهم أجمعين، وقال عمر رضي اللّه عنه: «أما والذي نفسي بيده لولا أن أترك آخر الناس **بياناً** ليس لهم من شيء ما فتحت عليّ قرية إلا قسمتها كما قسم رسول اللّه ﷺ خيبر ولكني أتركها خزانة لهم يقتسمونها»[١] رواه البخاري، وقيل: الأولى هو الأوّل عند حاجة الغانمين. والثاني عند عدم الحاجة لتكون عدّة للنوائب وهذا في العقار، وأما المنقول وحده فلا يجوز المن به عليهم **لأنه لم يرد فيه** الشرع، ولأنه لا يدوم بل ينقطع والجواز باعتبار الدوام نظراً لهم ولمن يجيء بعدهم، ولهذا لا يجوز بالرقاب وحده بدون الأرض لأنه ينقطع بالموت والإسلام وإنما يجوز تبعاً للأراضي كيلا يشتغلوا بالزراعة عن الجهاد، ثم إذا منّ عليهم بالرقاب والأراضي يدفع إليهم من المنقول **قدر ما يتهيأ لهم به العمل** لأن عمر رضي اللّه عنه ترك لهم ذلك وهو القدوة في الباب، ولأن منفعة الأرض بالزراعة وهم لا يقدرون على الزراعة إلا بآلتها فيكره له أن يكلفهم بها بدون الآلة، **وقال الشافعي لا يجوز المن عليهم بالأراضي** بل يقسمها بين الغانمين لأنهم ملكوها بالاستيلاء فلا يجوز إبطال ملكهم **أو حقهم عنها** إلا ببدل يعدله والخراج لا يعدله لقلته بخلاف المن على الرقاب، لأن للإمام أن يبطل حقهم بالقتل أصلاً فبالعوض القليل أولى، وهذا لأن الآدمي حر بأصل الخلقة والرق عارض بمشيئة الإمام بعد الأسر فله أن يتركهم على أصل الحرية، ولنا ما روينا من إجماع الصحابة رضي اللّه عنهم وفتح رسول اللّه ﷺ مكة عنوة ومنّ بها على أهلها ولم يقسمها بين الغانمين، والدليل على أنها فتحت عنوة قول أبي هريرة «فانطلقنا وما يشاء أحد منا أن يقتل منهم ما شاء إلا قتله فقال عليه الصلاة والسلام لما اشتدّ عليهم القتل: من أغلق بابه فهو آمن، ومن دخل دار أبي سفيان فهو آمن كل ذلك»[٢] رواه أحمد ومسلم «**وأجارت أم هانئ** رجلاً فأراد عليّ قتله فمنعته فأخبرت بذلك

وسلمان وأبي هريرة اهـ **قوله**: (**بياناً**) البيان بموحدة مفتوحة ثم موحدة مشددة ثم ألف ونون أي أتركهم شيئاً واحداً لأنه إذا قسم البلاد المفتوحة على الغانمين بقي من لم يحضر الغنيمة ومن يجيء بعد من المسلمين بغير شيء منها فلذلك تركها لتكون بينهم جميعاً اهـ نهاية. **قوله**: (**لأنه لم يرد به**) الذي بخط الشارح فيه اهـ **قوله**: (**قدر ما يتهيأ لهم به العمل**) أي ليخرج عن حد الكراهة اهـ إتقاني. **قوله**: (**وقال الشافعي: لا يجوز المن عليهم بالأراضي**) أي في المفتوح قهراً والمن بالمنقول لا يجوز بالاتفاق اهـ إتقاني. **قوله**: (**لأنهم ملكوها بالاستيلاد**) أي عنده اهـ **قوله**: (**أو حقهم عنها**) أي عندنا اهـ **قوله**: (**وأجارت أم هانئ**) الذي

---

(١) أخرجه البخاري في المغازي (٤٢٣٥)، وأبو داود في الخراج والإمارة والفيء (٣٠٢٠)، وأحمد في مسنده (٢١٣).

(٢) أخرجه مسلم في الجهاد والسير (١٨٧١)، وأحمد في مسنده (٧٨٦٢).

رسول اللّه ﷺ فقال: قد أجرنا من أجرت يا أم هانئ»[١] رواه أحمد والبخاري ومسلم، ولو كان فتحها بالصلح لحصل الأمان بذلك لا بما ذكرنا ولأن فيه نظراً لهم ولمن يجيء من بعدهم **لأنهم كالأكرة** العاملة لهم العالمة بوجوه الزراعة والمؤن مرتفعة عنهم والخراج وإن قل في الحال فهو أكثر في المآل فالقليل الدائم خير من الكثير المنقطع.

قال رحمه اللّه: (وقتل الأسرى أو استرق أو ترك أحراراً ذمة لنا) معناه أن الإمام بالخيار في الأسارى **إن شاء قتلهم** كما قتل رسول اللّه ﷺ «بني قريظة فإنه قتل مقاتلهم واسترق ذراريهم وفيه حسم مادّة الفساد»[٢]، وإن شاء استرقهم لأن فيه توفير المنفعة للمسلمين مع دفع شرهم، وقد انعقد الإجماع على جوازه **إلا مشركي العرب والمرتدين** لما عرف في موضعه، **وإن شاء تركهم أحراراً ذمة للمسلمين** كما فعل عمر رضي اللّه عنه على ما بينا وشرهم قد اندفع بذلك مع توفير المنفعة لهم لأنه كالاسترقاق إلا مشركي العرب والمرتدين/ على ما نبين إن شاء اللّه تعالى، **وليس له فيمن أسلم منهم إلا الاسترقاق** لأن قتله أو وضع الجزية عليه بعد إسلامه لا يجوز. [٨٤/أ/٢]

قال رحمه اللّه: (وحرم ردّهم إلى دار الحرب والفداء **والمنّ**) لأن في ذلك كله تقويتهم على المسلمين وعودهم حرباً عليهم ودفع شرهم خير من إنقاذ الأسير المسلم **لأن بقاءه في أيديهم** غير مضاف إلينا وتقويتهم بدفع أسيرهم مضاف إلينا

بخط الشارح وأجرت أم هانئ اهـ **قوله**: (**لأنهم كالأكرة**) جمع أكار وهم الفلاحون اهـ **قوله**: (**إن شاء قتلهم**) أي قبل إسلامهم اهـ كاكي. **قوله**: (**إلا مشركي العرب والمرتدين**) أي فإنه لا يقبل منهم إلا الإسلام أو السيف اهـ **قوله**: (**وإن شاء تركهم أحراراً ذمة للمسلمين**) أي ولا يجوز أن يردّهم إلى دار الحرب، والحاصل أن للإمام في الرقاب ثلاث خيارات القتل والاسترقاق وجعلهم أهل الذمة على الجزية، لكن القتل إنما يجوز قبل الإسلام فإذا أسلموا فلا قتل اهـ إتقاني. **قوله**: (**وليس له فيمن أسلم منهم إلا الاسترقاق**) بخلاف ما إذا أسلم قبل الاستيلاء حيث لا يجوز الاسترقاق لأنه صار أولى الناس بنفسه قبل انعقاد سبب الملك وهو الاستيلاء والأخذ اهـ إتقاني. **قوله في المتن**: (**والمنّ**) أي بأن أنعم عليهم من غير استرقاق ولا ذمة ولا قتل اهـ كي وكتب ما نصه: وهو أن يطلهم إلى دار الحرب بغير شيء خلافاً للشافعي رضي اللّه عنه إذا رأى الإمام ذلك وبقولنا قال مالك وأحمد اهـ **قوله**: (**لأن بقاءه في أيديهم**) أي وهو يتلافى حقه فقط والضرر بدفع أسيرهم إليهم يعود على جماعة

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) أخرجه البخاري في المغازي (٤١٢١)، ومسلم في الجهاد والسير (١٧٦٨)، وأحمد في مسنده (١٠٧٨٤).

فيحرم، **وعن أبي حنيفة رحمه اللّه أنه لا بأس** بأن يفادي بهم أسارى المسلمين وهو قول محمد لأن تخليص المسلم من أيديهم واجب ولا يتوصل إليه إلا به وليس فيه أكثر من ترك قتل أسرى الكفار وذلك جائز بدون هذا، ألا ترى أن للإمام أن يتركه ويضع عليه الجزية على ما بينا ومنفعة تخليص المسلم أولى من استرقاقهم أو جعلهم ذمة، وقد روي أنه عليه الصلاة والسلام فادى بهم أسرى المسلمين، وذكر في السير الكبير أن هذا هو أظهر الروايتين عن أبي حنيفة رحمه اللّه، **وقال أبو يوسف: يجوز ذلك قبل القسمة لا بعدها** لأن الثابت بعد القسمة حقيقة الملك فلا يجوز إبطاله بدون رضاه بعوض كسائر المعاوضات بخلاف ما قبلها لأنه لم يثبت فيه حقيقة الملك، وإنما الثابت فيه حق الملك فلا يمنع الإمام من التصرف فيه ولو أسلم الأسير لا يفادى به لعدم الفائدة إلا إذا طابت به نفسه وهو مأمون عليه، **وأما المفاداة بالمال فلا تجوز** عندعدم الحاجة إلى المال وإن احتاجوا إليه جاز، وقال الشافعي: تجوز مطلقاً، وكذا مفاداة أسراهم بأسرى المسلمين تجوز عنده لقوله تعالى: ﴿فشدّوا الوثاق فإما منّاً بعد وإما فداء﴾ [محمد: ٤]، **وأخذ عليه الصلاة والسلام من المشركين يوم بدر المال فداء** عن أنفسهم، **قلنا: نسخ ذلك كله بآية السيف** لأن المن والفداء مذكور في سورة

المسلمين اهـ فتح. **قوله: (وعن أبي حنيفة أنه لا بأس إلخ)** قال الكمال: وعن أبي حنيفة رضي اللّه عنه أنه يفادي بهم كقول أبي يوسف ومحمد والشافعي ومالك وأحمد إلا بالنساء فإنه لا يجوز المفاداة بهنّ عندهم، ومنع أحمد المفاداة بصبيانهم اهـ **قوله: (وقال أبو يوسف: يجوز ذلك)** أي الفداء اهـ **قوله: (قبل القسمة لا بعدها)** أي وعند محمد يجوز بكل حال اهـ فتح. **قوله: (وأما المفاداة بالمال)** أي بمال يأخذه من أهل الحرب اهـ قال الإتقاني: أما المفاداة بالمال فهل تجوز فالمشهور عن أصحابنا لا تجوز كيلا يعود حرباً علينا، يؤيده قوله تعالى: ﴿لولا كتاب من اللّه سبق لمسكم فيما أخذتم عذاب عظيم﴾ [الأنفال: ٦٨]، فقال رسول اللّه ﷺ: «لو نزل العذاب ما نجا منه إلا عمر» لأن عمر رضي اللّه عنه كان يشير بالقتل، وقال تعالى: ﴿وإن يأتوكم أسارى تفادوهم وهو محرم عليكم إخراجهم﴾ [البقرة: ٨٥]، فدل أنه حرام روي عن محمد في السير الكبير لا بأس به إذا كان بالمسلمين حاجة لأن النبي ﷺ فادى أسارى بدر بمال أخذه وهذا استدلال عجيب مع نزول الآية بالإنكار على المفاداة، قال في شرح الطحاوي: ويفادي أسارى المسلمين الذين في دار الحرب بالدراهم والدنانير وما ليس فيه قوّة للحرب كالثياب وغيرها ولا يفادى بالسلاح اهـ **قوله: (فلا يجوز)** أي في المشهور من المذهب اهـ كافي. **قوله: (وأخذ عليه الصلاة والسلام من المشركين يوم بدر المال فداء)** أي فإنه عليه الصلاة والسلام فادى أسارى بدر بالمال والفداء كان أربعة آلاف درهم اهـ كاكي. **قوله: (قلنا نسخ ذلك كله بآية السيف)**

محمد وهي مكية، وآية السيف في سورة براءة **وهي آخر سورة نزلت** وعوتب عليه الصلاة والسلام على الأخذ يوم بدر بقوله تعالى: ﴿لولا كتاب من اللّه سبق﴾ [الأنفال:٦٨] الآية فجلس عليه الصلاة والسلام هو وأبو بكر يبكيان، وقال عليه الصلاة والسلام: «لو نزل من السماء عذاب لما نجا إلا عمر»(١) وكان قد قال بقتلهم دون أخذ الفداء منهم.

قال رحمه اللّه: (**وعقر مواش** شق إخراجها فتذبح وتحرق) يعني يحرم عقر المواشي في دار الحرب إذا تعذر إخراجها إلى دار الإسلام بل تذبح وتحرق، وقال الشافعي رحمه اللّه: تترك في دار الحرب لأنه عليه الصلاة والسلام نهى عن ذبح الشاة **إلا لمأكلة**، ولنا أن ذبح الأنعام جائز لغرض صحيح ولا غرض أصح من كسر شوكتهم وإلحاق الغيظ بهم ثم تحرق كيلا ينتفعوا باللحم، كما تخرب بيوتهم وتقطع أشجارهم وتقلع زروعهم ولا تحرق قبل الذبح **لأنه منهي عنه** ولا تعقر لأنه مثلة وتحرق الأسلحة **وما لا يحترق منها** يدفن في مكان لا يقفون عليه كيلا ينتفعوا به، وإن تعذر عليهم نقل السبي يقتل الرجال منهم **وتخلى الذراري في مضيعة** حتى يموتوا جوعاً وعطشاً كيلا يعود ضررهم علينا بالتوالد.

قال رحمه اللّه: (وقسمة الغنيمة في دارهم لا للإيداع) أي حرم قسمة الغنيمة

قال تعالى: ﴿ما كان لنبيّ أن يكون له أسرى حتى يثخن في الأرض﴾ إلى قوله: ﴿لمسكم فيما أخذتم عذاب عظيم﴾ [الأنفال:٦٧-٦٨]. **قوله: (وهي آخر سورة نزلت)** أي في هذا الشأن اهـ فتح. **قوله في المتن: (وعقر مواش)** المواشي جمع ماشية وهي الإبل والبقر والغنم اهـ **قوله: (إلا لمأكلة)** بضم الكاف وفتحها بمعنى الأكل اهـ إتقاني. وكتب ما نصه: المأكلة مصدر كالأكل اهـ كي. وكتب أيضاً ما نصه: هذا غريب لم يعرف عنه عليه الصلاة والسلام اهـ فتح. **قوله: (لأنه منهي عنه)** أي لما روي في السنن عن النبي ﷺ أنه قال: «لا يعذب بالنار إلا رب النار»(٢) اهـ إتقاني. **قوله: (وما لا يحترق منها)** أي بأن كان من الحديد اهـ إتقاني. **قوله: (وتخلى الذراري في مضيعة إلخ)** قال الكمال رحمه اللّه: وما في فتاوى الولوالجي تترك النساء والصبيان في أرض غامرة أي خربة حتى يموتوا جوعاً كي لا يعودوا حرباً علينا، لأن النساء بهنّ النسل والصبيان يبلغون فيصيرون حرباً علينا فبعيد لأنه قتل بما هو أشدّ من القتل الذي «نهى عنه النبي ﷺ في النساء والصبيان»(٣) لما فيه من التعذيب ثم قد صاروا أسارى بعد الاستيلاء وقد «أوصى النبي ﷺ بالأسرى خيراً» اهـ

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) أخرجه أبو داود في الجهاد (٢٦٧٣)، وأحمد في مسنده (١٥٦٠٤).

(٣) تقدم تخريجه.

في دار الحرب لغير الإيداع، وقال الشافعي: يجوز قسمتها في دار الحرب بعد استقرار الهزيمة، وهذا بناء على أن الملك لا يثبت قبل الإحراز بدار الإسلام عندنا **وعنده يثبت**، ويبتنى على هذا الأصل مسائل منها إذا لحقهم مدد قبل الإحراز بالدار لا يشاركونهم عنده وعندنا يشاركونهم، ومنها أن واحداً من الغانمين **لو وطئ أمة من السبي** فولدت فادعاه **يثبت نسبه منه عنده**/ [٨٤ب/٢] وصارت أم ولد له، وعندنا لا يثبت لفقد الملك **ويجب العقر** وتقسم الأمة والولد والعقر بين الغانمين، **ومنها جواز بيعه فعنده** يجوز وعندنا لا، **ومنها ما إذا مات واحد** قبل الإحراز بالدار يورث نصيبه عنده وعندنا لا يورث **ومنها ما لو أتلف واحد من الغزاة شيئاً من الغنيمة** لا يضمن عندنا وعنده يضمن، ومنها ما لو «قسم الإمام الغنيمة لا عن اجتهاد ولا لحاجة الغزاة لا يصح عندنا

قوله: (**وعنده يثبت**) قال الكمال: واعلم أن حقيقة مذهبه أن الملك يثبت للغانم بأحد أمرين إما بالقسم حيثما كانت أو باختيار الغانم التملك وليس هو قائلاً: إن الملك يثبت للغانمين بالهزيمة كما نقلوا عنه وعندنا لا يثبت إلا بالقسم في دار الإسلام فلا يثبت بالإحراز بدار الإسلام ملك أحد بل يتأكد، ولهذا لو أعتق واحد من الغانمين عبداً بعد الإحراز لا يعتق ولو كان هناك ملك مشترك عتق بعتق الشريك، ويجري فيه ما عرف في عتق الشريك وتخرّج الفروع المختلفة على هذا اهـ **قوله**: (**لو وطئ أمة من السبي**) أي في دار الحرب اهـ فتح. **قوله**: (**يثبت نسبه عنده**) أي لا لوطئه جارية مشتركة بينه وبين غيره بمجرد الهزيمة، بل لاختياره التملك فبالهزيمة ثبت لكل حق التملك فإن سلمت بما يخصه من الغنيمة أخذها وإلا أخذها وكمل من ماله قيمتها يوم الحمل وعندنا لا يثبت نسبه وعليه العقر لأنه لا يحد لثبوت سبب الملك وتقسم الجارية والولد والعقر بين جماعة المسلمين، وكذا لو استولدها بعد الإحراز بدار الإسلام قبل القسمة عندنا، ولو تأكد الحق لأن الاستيلاد يوجب حق العتق وهو لا يكون إلا بعد قيام الملك في المحل بخلاف استيلاد جارية الابن لأن له ولاية التملك فيتملكها بناء على الاستيلاد وليس له هنا تملك الجارية بدون رأي الإمام نعم لو قسمت الغنيمة على الرايات العرافة فوقعت جارية بين أهل راية صح استيلاد أحدهم لها، فإنه يصح عتقه لها لأنها مشتركة بينه وبين أهل تلك الراية شركة ملك، وعتق أحد الشركاء نافذ لكن هذا إذا قلوا حتى تكون الشركة خاصة، أما إذا كثروا فلا لأن بالشركة العامة لا تثبت ولاية الإعتاق قال: والقليل إذا كانوا مائة أو أقل وقيل: أربعون وفيه أقوال أخرى، قال في المبسوط: والأولى أن لا يؤقت ويجعل موكولاً إلى اجتهاد الإمام اهـ **قوله**: (**ويجب العقر**) أي ولا يجب الحد لوجود سبب الملك اهـ إتقاني.

قوله: (**ومنها جواز بيعه**) أي بيع الإمام شيئاً من الغنيمة اهـ **قوله**: (**ومنها ما إذا مات واحد**) أي من الغزاة أو قتل اهـ **قوله**: (**ومنها ما لو أتلف واحد من الغزاة شيئاً من الغنيمة**) أي قبل الإحراز

وعنده يصح له أن النبي ﷺ «قسم غنائم خيبر فيها **وغنائم بني المصطلق** فيها»[١] ولأن سبب الملك قد تم وهو الاستيلاء على مباح فيترتب عليه موجبه كالاصطياد والاحتطاب، ولنا أنه عليه الصلاة والسلام «نهى عن بيع الغنيمة في دار الحرب والقسمة فيها»[٢] معنى البيع لاشتمالها على المبادلة معنى والبيع أيضاً على الخلاف **فيكون حجة عليه** فيه، وفي القسمة دلالة ولأن فيه قطع حق المدد فلا يشرع كيلا يتقاعدوا عن الغوث، ولأن الاستيلاء يكون بإثبات اليد والنقل ولم يوجد النقل لقدرتهم على الاستنقاذ ظاهراً إذ القوة لهم في دارهم فصار كما لو قسم قبل الهزيمة أو قبل استقرارها، وما روي محمول على أنه عليه الصلاة والسلام فتح تلك البلاد وصارت دار الإسلام ولا خلاف فيه وإنما الخلاف فيما إذا لم تصر دار الإسلام ثم هي لا تجوز عندهما وعند محمد تكره كراهية تنزيه، وعند الشافعي لا تكره فتترتب الأحكام عليها عندهما وعندنا لا تترتب، وقيل: جاز بالاتفاق لأنه فصل مجتهد فيه وقد أمضاه وقيل: إذا قسم عن اجتهاد جاز بالاتفاق، وإن قسم لا عن اجتهاد فهو موضع الخلاف، وقوله: لا للإيداع دليل على أن القسمة للإيداع جائزة وصورتها أن لا يكون للإمام من بيت المال **حمولة** يحمل عليها الغنائم فيقسمها بين الغانمين قسمة إيداع ليحملوها إلى دار الإسلام ثم يرتجعها منهم فيها فإن أبوا أن يحملوها **أجبرهم على ذلك بأجر المثل** في رواية السير الكبير، لأنه دفع ضرر عام بتحمل ضرر خاص، كما لو استأجر دابة شهراً فمضت المدة في المفازة أو استأجر سفينة فمضت المدّة في وسط البحر، فإنه ينعقد إليها إجارة أخرى بأجر المثل **ولا يجبرهم في رواية السير الصغير** لأنه لا يجبر على عقد الإجارة ابتداء كما إذا نفقت دابته في المفازة ومع رفيقه دابة لا يجبر على الإجارة بخلاف ما استشهد به، فإنه بناء وليس بابتداء وهو أسهل منه ولو كان في بيت المال أو في الغنيمة حمولة حمل عليها لأن الكل مالهم.

قال رحمه اللّه: (وبيعها قبلها) أي **حرم بيع الغنائم قبل القسمة** لقوله عليه

لا يضمن اهـ **قوله**: (**وغنائم بني المصطلق**) أي وأوطاس اهـ إتقاني. **قوله**: (**فيكون حجة عليه**) أي الحديث حجة على الشافعي أيضاً في تجويزه البيع ثمة اهـ **قوله**: (**حمولة**) بفتح الحاء ما يحمل عليه من بعير وفرس وغيره اهـ فتح. **قوله**: (**أجبرهم على ذلك بأجر المثل**) أي والأجرة من الغنيمة اهـ فتح. **قوله**: (**ولا يجبرهم في رواية السير الصغير**[٣]) قال الكمال: والأوجه إن خاف تفرّقهم لو قسمها قسمة الغنيمة يفعل هذا، وإن لم يخف قسمها قسمة

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) ذكره الزيلعي في نصب الراية (٣/٤٠٨).

(٣) السير الصغير والكبير للإمام محمد بن الحسن الشيباني صاحب الإمام أبي حنيفة. انظر كشف الظنون (٢/١٠١٣).

الصلاة والسلام: «لا يحل لامرئ يؤمن بالله واليوم الآخر أن يبتاع مغنماً حتى يقسم ولا أن يلبس ثوباً من فيء المسلمين حتى إذا أخلقه ردّه فيه، ولا أن يركب دابة من فيء المسلمين حتى إذا أعجفها ردّها»(١) رواه أحمد وأبو داود، ولأنه قبل الإحراز بالدار لم يملكه على ما بينا وبعد الإحراز بها نصيبه مجهول فلا يمكنه أن يبيع.

قال رحمه الله: (**وشرك الردء** والمدد فيها) أي في الغنيمة أما الردء فلتحقق سبب الاستحقاق وهو المجاوزة على قصد القتال وهي السبب عندنا لا حقيقة القتال، ولهذا يعتبر كونه فارساً أو راجلاً عندنا وعند الشافعي شهود الوقعة وقد تحقق، وأما المدد فلأن سبب الملك هو القهر وتمام القهر بالإحراز بالدار، وقد شاركهم في هذا المعنى لأنه بالمدد ينقطع طمعهم في الاستنقاذ وفيه تحريض المؤمنين على الإمداد والتعاون على قهر العدوّ والتلاحق، وقد قال الله تعالى: ﴿حرض المؤمنين [على القتال](٢)﴾ [الأنفال: ٦٥]، وفي عكسه/ عكسه من [٨٥/أ/٢] التقاعد وعدم التناصر فيؤدي إلى خذلانهم فلا يجوز، وفيه خلاف الشافعي إذا لحقوهم بعد انقضاء القتال وتقرر الهزيمة بناء على أصله أن الغنيمة تملك بالأخذ، واستقرار الهزيمة وعندنا تملك بأحد أمور ثلاثة بالإحراز بالدار على ما ذكرنا لوجود الاستيلاء فيها صورة ومعنى **أو بالقسمة** وهو آكد من الإحراز لأنه يحصل به الملك الخاص أو **بالبيع** لأن جوازه يعتمد ملكاً مستقراً فالحكم به حكم باستقراره.

قال رحمه الله: (لا السوقي بلا قتال) أي **لا يستحق أهل سوق العسكر من الغنيمة** إلا أن يقاتلوا، وفي قول للشافعي: يسهم لهم لأنهم شهدوا الوقعة، وقال عليه

الغنيمة في دار الحرب فإنه يصح للحاجة وفيه إسقاط الإكراه وإسقاط الأجرة اهـ **قوله: (حرم بيع الغنائم)** قال الكمال: وهذا في بيع الغزاة ظاهر، وأما بيع الإمام لها فذكر الطحاوي أنه يصح لأنه مجتهد فيه يعني أنه لا بد أن يكون الإمام رأى المصلحة في ذلك، وأقله تخفيف إكراه الحمل عن الناس أو عن البهائم ونحوه وتخفيف مؤنته عنهم فيقع عن اجتهاد في المصلحة فلايقع جزافاً فينعقد بلا كراهة مطلقاً اهـ **قوله: (قبل القسمة)** أي في دار الحرب اهـ هداية. **قوله في المتن: (وشرك الردء)** أي وهو المعين قال في الهداية: والردء والمقاتل قال الكمال: وكذا أمير العسكر سواء في الغنيمة لا يتميز واحد عن آخر بشيء وهذا بلا خلاف لاستواء الكل في سبب الاستحقاق اهـ **قوله: (أو بالقسمة)** أي بدار الحرب اهـ **قوله: (أو بالبيع)** أي بيع الإمام الغنيمة اهـ **قوله: (لا يستحق أهل سوق العسكر من الغنيمة)**

---

(١) أخرجه أبو داود في النكاح (٢١٥٨)، وأحمد في مسنده (١٦٥٤٢).

(٢) ما بين معكوفتين زيادة من المطبوع.

الصلاة والسلام: «**الغنيمة لمن شهد الوقعة**» ولأن الجهاد قد وجد منهم معنى بتكثير السواد فصاروا كالمقاتلين، ولنا أن سبب الاستحقاق المجاوزة على قصد القتال ولم يوجد لأنهم قصدوا التجارة لا إعزاز الدين وإرهاب العدو، **فإن قاتلوا استحقوا السهم** لأنهم بالمباشرة ظهر أن قصدهم القتال والتجارة تبع له فلا يضره كالحاج إذا اتجر في طريق الحج لا ينقص أجره، وما رواه موقوف على ابن عمر رضي اللّه عنهما، أو هو محمول على أنه شهدها على قصد القتال.

قال رحمه اللّه: (ولا من مات فيها وبعد الإحراز بدارنا يورث نصيبه) أي لا يستحق من مات في دار الحرب من الغنيمة، ومراده إذا مات قبل أن تخرج الغنيمة إلى دار الإسلام وبعد الإخراج يورث نصيبه لأن الإرث يجري في الملك ولا ملك قبله بخلاف ما بعده على ما بينا من قبل، وعند الشافعي يورث إذا مات بعد استقرار الهزيمة لثبوت الملك به عنده على ما بيناه.

قال رحمه اللّه: (وينتفع فيها **بعلف** وطعام وحطب وسلاح ودهن بلا قسمة) لما روي «عن ابن عمر رضي اللّه عنهما أنه قال: كنا نصيب في مغازينا العسل والعنب فنأكله ولا نرفعه»[١] رواه البخاري، وهذا دليل على أن عادتهم الانتفاع بما يحتاجون إليه، وقال «ابن عمرو: إن جيشاً غنموا في زمن رسول اللّه ﷺ طعاماً وعسلاً فلم يؤخذ منهم الخمس»[٢] رواه أبو داود وهذا يؤيد ما ذكرناه وهو محمول على أنه لم يفضل منهم، «وعن عبد اللّه بن المغفل قال: أصبت جراباً من شحم يوم خيبر فالتزمته، فقلت: لا أعطي اليوم أحداً من هذا شيئاً فإذا رسول اللّه ﷺ متبسماً»[٣] رواه أحمد ومسلم وأبو داود والنسائي، وهذا أقوى حيث لم يأمره عليه

أي لا سهم ولا رضخ اهـ فتح. **قوله**: (**الغنيمة لمن شهد الوقعة**) الوقعة هي القتال وهو معنى قول صاحب المجمل الوقعة صدمة الحرب اهـ فتح. **قوله**: (**فإن قاتلوا استحقوا السهم**) وبه قال مالك وأحمد وللشافعي قولان: أحدهما كقولنا والآخر يسهم لهم اهـ فتح. **قوله في المتن**: (**وينتفع فيها**) أي في دار الحرب اهـ **قوله في المتن**: (**بعلف**) يقال: علف الدابة يعلف علفاً من باب ضرب إذا أطعمها العلف قال ابن دريد ولا يقال: أعلفها والدابة معلوفة وعليف والعلف كل ما اعتلفته الدابة قاله الإتقاني: وفي المصباح المنير: علفت الدابة علفاً من باب ضرب واسم المعلوف علف بفتحتين والجمع علاف مثل جبل وجبال، وأعلفت

---

(١) أخرجه البخاري في فرض الخمس (٣١٥٤).

(٢) أخرجه أبو داود في الجهاد (٢٧٠١).

(٣) أخرجه البخاري في الذبائح والصيد (٥٥٠٨) بدون لفظ «متبسماً»، ومسلم في الجهاد والسير (١٧٧٢) واللفظ له، والنسائي في الضحايا (٤٤٣٥).

الصلاة والسلام برده في الغنيمة وعن «ابن أبي أوفى قال: أصبنا طعاماً يوم خيبر فكان الرجل يجيء فيأخذ منه مقدار ما يكفيه ثم ينطلق»[١] رواه أبو داود **ولم يقيد إباحة الانتفاع هنا بالحاجة وهي رواية السير الكبير** وقيدها بها في السير الصغير، لأنه مال مشترك بين الجماعة فلم يبح الانتفاع به إلا لحاجة كالدواب والثياب، ووجه الأولى إطلاق ما روينا ولأن الحكم يدور على دليل الحاجة وهو كونه في دار الحرب إذ هو لا يقدر أن يستصحب ما يكفيه من الطعام والعلف غالباً، فلو لم يبح لهم التناول لضاق عليهم الأمر **بخلاف السلاح والدواب لأنه يستصحبه غالباً فانعدم دليل الحاجة** حتى لو تحققت الحاجة إليه جاز له التناول أيضاً، فتعلق الإطلاق بحقيقة الحاجة فيهما ثم يرد إلى المغنم إذا استغنى عنه، ولا فرق في الطعام بين أن يكون مهيئاً للأكل وبين أن لا يكون مهيئاً له حتى يجوز لهم ذبح المواشي من البقر والغنم والجزور ويردّون

بالألف لغة والمعلف بالكسر موضع العلف اهـ **قوله: (ولم تقيد إباحة الانتفاع هنا بالحاجة)** أي وبه قالت الأئمة الثلاثة اهـ فتح. **قوله: (وهي رواية السير الكبير)** أي واختارها الكرخي في مختصره ولهذا قال: ما دامت الغنيمة في دار الحرب لا بأس لكل واحد من الجند بتناول المأكول والمشروب والعلف غنياً كان أو فقيراً وتبعه القدروي اهـ إتقاني قال في السير الصغير: إذا كان في الغنيمة طعام أو علف فاحتاج إليه رجل يتناول منه قدر حاجته، وكذلك يتناول من سلاح الغنيمة إذا احتاج إليه للقتال ثم يردها إذا استغنى عنها ويكره له ذلك من غير حاجة إلى هنا لفظ السير الصغير قال صاحب المحيط: هذا جواب القياس وما ذكره في السير الكبير جواب الاستحسان اهـ إتقاني. **قوله: (بخلاف السلاح والدواب لأنه يستصحبه غالباً فانعدم دليل الحاجة)** قال الكمال: وحاصل ما هنا أن الموجود إمّا ما يؤكل أو لا، وما يؤكل إما يتداوى به كالهليلج أو لا، فالثاني ليس لهم استعماله إلا ما كان من السلاح والكراع كالفرس فيجوز بشرط الحاجة بأن مات فرسه أو انكسر سيفه، أما إذا أراد أن يوفر سيفه وفرسه باستعمال ذلك فلا يجوز، ولو فعل أثم ولا ضمان عليه لو تلف نحو الحطب بخلاف الخشب المنحوت، لأن الاستحقاق على الشركة فلا يختص بعضهم ببعض المستحق على وجه يكون أثر الملك فضلاً عن الاستحقاق، بخلاف حالة الضرورة فإنها سبب الرخصة فيستعمله ثم يردّه إلى الغنيمة إذا انقضى الحرب، وكذا الثوب إذا أضرّ البرد يستعمله ثم يرده إذا استغنى عنه ولو تلف قبل الرد لا ضمان عليه، ولو احتاج الكل إلى الثياب والسلاح قسمها بخلاف السبي لا يقسم إذا احتيج إليه لأنه من فضول الحوائج لا أصولها فيستصحبهم إلى دار الإسلام مشاة، فإن لم يطيقوا وليس معه فضل حمولة قتل الرجال وترك النساء والصبيان وهل يكره من عنده فضل حمولة على الحمل، يعني بالأجر

---

(١) أخرجه أبو داود في الجهاد (٢٧٠٤)، وأحمد في مسنده (١٨٦٤٥) بنحوه.

جلودها في الغنيمة **ذكره في السير الكبير في الجزور**، وكذا أكل الحبوب والسكر والفواكه الرطبة واليابسة **والسمن والزيت**/ وكل شيء هو مأكول عادة، وهذا الإطلاق [٨٥ب/٢] في حق من له سهم في الغنيمة أو من يرضخ له منها غنياً كان أو فقيراً ويطعم من معه من الأولاد والنساء والمماليك، وكذلك المدد لأن له سهماً فيها ولا يطعم الأجير ولا التاجر إلا أن يكون خبز الحنطة أو طبخ اللحم، فلا بأس به حينئذ لأنه ملكه بالاستهلاك وما لا يؤكل عادة لا يجوز له أن يتناوله مثل الأدوية والطيب ودهن البنفسج وما أشبه ذلك لقوله ﷺ: «ردّوا الخيط والمخيط»[1] ولأن هذه الأشياء لا تؤكل عادة ولا تستعمل في الحاجة الأصلية بل للزينة ويستعملون الحطب والطيب يعني عند الحاجة **ويوقحون** الدواب إذا احتاجوا إليه.

قال رحمه الله: (ولا يبيعها) لما بينا من قبل ولأنه لا يملك بالأخذ وإنما أبيح له التناول للضرورة والمباح له لا يملك البيع **وإن باعه أحدهم ردّ الثمن إلى المغنم**، ولا يجوز له الانتفاع بالثياب والسلاح والدواب والمتاع بغير حاجة لصيانة سلاحه ودابته وغير ذلك لأنه مال مشترك بينهم، فلا يجوز الانتفاع به بلا حاجة والأولى أن يقسم الإمام بينهم إذا احتاجوا إليه كلهم لأن المحظور يستباح للضرورة ومراعاة حقهم عند حاجتهم أولى من مراعاة حق المدد وهو محتمل أيضاً لا يدري أيلتحق أولا فلا يعارض المحقق عند الحاجة، وهذا بخلاف السبي حيث لا يقسم وإن احتاجوا إليه لأن حاجتهم للوطء أو للخدمة وكل ذلك من فضول الحوائج.

فيه روايتان تقدّمتا، وأما ما يتداوى به فليس لأحد تناوله وكذا الطيب والأدهان التي لا تؤكل كدهن البنفسج لأنه ليس في محل الحاجة بل الفضول ولا شك أنه لو تحقق مرض بأحدهم يحوجه إلى استعماله كان له ذلك كلبس الثوب فالمعتبر حقيقة الحاجة اهـ **قوله: (ذكره في السير الكبير في الجزور)** وفي الإيضاح في البقر وفي المحيط في الغنم فدل على التسوية اهـ **قوله: (والسمن والزيت)** أي ودهن السمسم اهـ كفاية. **قوله: (ويوقحون)** قال الإتقاني: توقيح الدابة تصليب حافرها بالشحم المذاب إذا حفي أي رق من كثرة المشي والراء خطأ، كذا في المغرب ونسخة الإمام حافظ الدين الكبير بخط يده بالراء من الترقيح وهو المنقول عن المصنف قال: هكذا قرأنا على المشايخ قال في الجمهرة: رقح فلان عيشه ترقيحاً إذا أصلحه وأنشد

يترك ما رقح من عيشه يعيث فيه همج هامج

والهمج من الناس الذين لا نظام لهم اهـ وقال الكمال: والراء أي ترقيح خطأ كذا في المغرب لكن الأصح جوازه ثم قال الكمال: فالترقيح أعم من التوقيح اهـ **قوله: (وإن باعه أحدهم ردّ الثمن إلى المغنم)** أي لأنه عوض عين مشتركة بين الغانمين اهـ إتقاني. **قوله في**

---

(١) أخرجه ابن ماجه في الجهاد (٢٨٥٠) بلفظ «أدوا»، وأحمد في مسنده (١٦٧٠٤).

قال رحمه اللّه: (وبعد الخروج منهالا) أي بعد الخروج من دار الحرب لا ينتفعون بالغنيمة لزوال المبيح وهي الضرورة، ولأن حقهم قد تأكد حتى يورث نصيبه فلا يجوز الانتفاع به بدون رضاهم.

قال رحمه اللّه: (وما فضل ردّ إلى الغنيمة) أي الذي فضل في يده من الذي كان أخذه قبل الخروج من الحرب لينتفع به ردّه إلى الغنيمة بعد الخروج إلى دار الإسلام لزوال حاجته والإباحة باعتبارها، وهذا قبل القسمة وبعدها إن كان غنياً تصدّق بعينه إن كان قائماً وبقيمته إن كان هالكاً، والفقير ينتفع بالعين ولا شيء عليه إن هلك لأنه لما تعذر الردّ صار في حكم اللقطة.

قال رحمه اللّه: (**ومن أسلم منهم أحرز نفسه وطفله**) أي من أسلم من أهل الحرب في دار الحرب أحرز بإسلامه نفسه وأولاده الصغار لوجود العاصم وهو الإسلام فلا يجوز قتله ولا استرقاقه لأنهما جزاء الكفر ابتداء أو لدفع الشر، والمسلم لا يبتدأ بالرق وقد اندفع شره بالإسلام وأولاده الصغار تبع له فيلحقون به هذا إذا أسلم قبل أن يأخذه المسلمون، وإن أسلم بعده فهو عبد لأنه أسلم بعد انعقاد سبب الملك فيه فلا يرتفع بالإسلام كحقيقة الملك، وكذا لو أسلم بعدما أخذ أولاده الصغار وماله ولم يؤخذ هو حتى أسلم أحرز بإسلامه نفسه فحسب لانعقاد السبب في غيره.

قال رحمه اللّه: (وكل مال معه) لقوله عليه الصلاة والسلام: «أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا اللّه فإذا قالوها عصموا مني دمائهم وأموالهم»[1] وقال عليه الصلاة والسلام لصخر «يا صخر إن القوم إذا أسلموا أحرزوا أموالهم ودماءهم»[2] ولأن يده الحقيقية سبقت إليه يد الظاهرين فكانت أولى.

قال رحمه اللّه: (أو وديعة عند مسلم أو ذمّي) لأنه في يده حكماً إذ يد المودع كيد المودع لأنه عامل له في الحفظ وهي محترمة صحيحة بخلاف ما إذا كانت في أيديهما غصباً حيث تكون فيأخذ عند أبي حنيفة رحمه اللّه لأن يده

المتن: (**ومن أسلم منهم أحرز نفسه وطفله**) إنما احتاج إلى هذا التأويل ليقع الاحتراز به عن مستأمن أسلم في دار الإسلام ثم ظهرنا على دار الحرب كانت أمواله وأولاده كلها فيئاً ذكره في الفوائد الظهيرية، وهنا أربع مسائل إحداها أسلم الحربي في دار الحرب ولم يخرج حتى ظهرنا أحرز نفسه وأولاده الصغار وما في يده، والثانية دخل دارنا بأمان وأسلم ثم ظهرنا على الدار فجميع ماله وأولاده الصغار فيء، والثالثة أسلم في دار الحرب ثم دخل دارنا ثم

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) أخرجه أبو داود في الخراج والإمارة والفيء (٣٠٦٧)، والدارمي في الزكاة (١٦٧٣).

ليست كيد المالك، وبخلاف ما إذا كانت في يد الحربي وديعة أو غصباً لأن يده ليست بمحترمة ولا صحيحة حتى جاز لنا التعرّض لها.

[٨٦/أ/٢] قال رحمه الله/ : (دون ولده الكبير) لأنه كافر حربي غير تابع له في الإسلام وغيره فلا يكون معصوماً عن القتل والاستغنام إلا بالإسلام بخلاف أولاده الصغار.

قال رحمه الله: (وزوجته وحملها) لأنها كافرة حربية غير تابعة له فتسترق وحملها جزء منها فيتبعها في الرق، وقال الشافعي: لا يكون الحمل فيئاً لأنه مسلم تبعاً لأبيه فلا يبدأ بالرق كالولد المنفصل، قلنا: المسلم يسترق تبعاً كولد الجارية من غير مولاها فكان هذا في حق التبع بمنزلة البقاء، والإسلام لا ينافي بقاء الرق بخلاف المنفصل لعدم الجزئية.

قال رحمه الله: (وعقاره) لأنه ليس في يده حقيقة فيكون فيئاً. وقال الشافعي رحمه الله: هو له ولا يكون فيئاً لأنه في يده كالمنقول، **ولنا أن العقار** في يد أهل الدار وسلطانها إذ هي من جملة دار الحرب فلم تكن في يده حقيقة، وقيل في قول محمد: يكون كغيره من الأموال بناء على أن اليد حقيقة تثبت عنده في العقار، ألا ترى أنه يتصوّر فيه الغصب عنده وبه كان يقول أبو يوسف أوّلاً ثم رجع عنه.

قال رحمه الله: (وعبده المقاتل) لأنه لما تمرّد على مولاه خرج من يده وصار تبعاً لأهل دارهم وما كان غصباً في يد حربي أو وديعة فيء لأن يده ليست بمحترمة، وكذلك إذا كان في يد مسلم أو ذمّي غصباً عند أبي حنيفة رحمه الله، وقال محمد: لا يكون فيئاً لأن المال تابع للنفس، وقد صارت معصومة بإسلامه فيتبعها ماله فيها وله أنه مال مباح فيملك بالاستيلاء، والنفس لم تصر معصومة بالإسلام بل هو محرم التعرض في الأصل لكونه مكلفاً، ولهذا لم تصر متقوّمة بالإسلام وإباحة التعرض كان لدفع شره وقد اندفع بالإسلام، ولهذا لم يتعرض له بخلاف المال لأنه خلق عرضة للامتهان فكان محلاً للتملك على ما كان، وأبو يوسف مع أبي حنيفة رحمه الله في رواية ومع محمد في أخرى، ولو أنّ مسلماً أو ذمّياً دخل في دار الحرب بأمان فأصاب مالاً ثم ظهر المسلمون على الدار فحكمه حكم من أسلم في دارهم في جميع ما ذكرنا إلا في حق مال في يد حربي في رواية أبي سليمان، لأن العصمة كانت ثابتة لهذا المال تبعاً للمالك فلا تزول، وفي رواية أبي حفص يكون فيئاً لما ذكرنا، وقالوا

ظهرنا على الدار فجميع ماله فيء إلا أولاده الصغار، والرابعة **قوله: (ولنا أن العقار)** يعني أن اليد في العقار إنما تثبت حكماً، ودار الحرب ليست بدار الأحكام فلا معتبر بيده قبل ظهور المسلمين وبعد ظهورهم على الدار يد الغانمين أقوى من يده اهـ رازي.

رواية أبي سليمان أصح وهذا كله إذا ظهر المسلمون على دارهم، وأما إذا أغاروا عليها ولم يظهروا فكذلك الحكم عند محمد وعند أبي حنيفة يصير جميع ماله فيئاً إلا نفسه وأولاده الصغار فمحمد سوّى بين الإغارة والظهور لاستوائهما في السببية للملك وأبو حنيفة رحمه اللّه فرق بينهما والفرق أنه بالظهور صارت الدار دار الإسلام فكانت يده على ما في يده ثابتة حقيقة وحكماً باعتبار منعة المسلمين ويد المسلم يد محترمة فلا يجوز إبطالها، وأما بالإغارة فلم تصر دار إسلام فلم تصر يده على المنقول ثابتة حكماً لأن يد أهل الحرب ثابتة حافظة دافعة لاشتمالها على الدار باعتبار المنعة والشوكة، ولهذا لا تصير الغنيمة ملكاً للغانمين في دار الحرب والعصمة إنما تثبت باعتبار اليد حقيقة وحكماً، ولم يوجد فبقيت على أصل الإباحة وحكم من أسلم في دار الحرب وخرج إلينا على هذا التفصيل ذكره في المحيط.

(فصل في كيفية القسمة) يجب على الإمام أن يقسم الغنيمة ويخرج خمسها لقوله تعالى: ﴿فأنَّ للّه خمسه﴾ [الأنفال:٤١]، ويقسم الأربعة الأخماس على الغانمين للنصوص الواردة فيه وعليه إجماع المسلمين.

قال رحمه اللّه: (للراجل سهم وللفارس سهمان) **وهذا عند أبي حنيفة** رحمه اللّه وقالا للفارس ثلاثة أسهم **وبه أخذ الشافعي** لقول ابن عمر أنه عليه الصلاة والسلام/ [٨٦ب/٢]: «**أسهم للفارس ثلاثة أسهم** وللراجل سهماً»[١] رواه الجماعة، **ولأن الاستحقاق بالغناء** وغناؤه على ثلاثة أمثال الراجل **لأنه للكر والفر** والثبات، **والراجل للثبات** لا غير ولأبي حنيفة رحمه اللّه قول مجمع بن جارية قسمت خيبر إلى أن قال: إنه عليه الصلاة والسلام «أعطى الفارس سهمين **والراجل سهماً**»[٢] رواه أحمد وأبو داود. ولأن الكر

(فصل في كيفية القسمة) **قوله: (هذا عند أبي حنيفة)** أي وبه قال زفر اهـ كاكي. **قوله: (وبه أخذ الشافعي)** أي ومالك وأحمد والليث وأبو ثور وأكثر أهل العلم اهـ دراية. **قوله: (للفارس ثلاثة أسهم)** يعني سهماً له وسهمين لفرسه اهـ إتقاني. **قوله: (ولأن الاستحقاق بالغناء)** قال في مجمع البحرين: والغناء بالفتح، وقال في المصباح والغناء: مثل كلام الاكتفاء وقال الكاكي: الغناء بالفتح والمدّ الأجزاء والكفاية وغناؤه أي غناء الفرس الكرّ الصولة والحملة والفرّ بمعنى الفرار والفرار في موضع الفر محمود اهـ **قوله: (لأنه للكر والفر)** الكر الرجوع بعد الفرار والفر الفرار اهـ إتقاني. **قوله: (والراجل للثبات)** أي ثبات الدفع اهـ

---

(١) أخرجه البخاري في المغازي (٤٢٢٨)، ومسلم في الجهاد والسير (١٧٦٢)، والترمذي في السير (١٥٥٤)، وأبو داود في الجهاد (٢٧٨٤)، وابن ماجه في الجهاد (٢٨٥٤)، وأحمد في مسنده (٥٢٦٤).

(٢) أخرجه أبو داود في الجهاد (٢٧٣٦)، وأحمد في مسنده (١٥٠٤٤).

والفر من جنس واحد إذ الفر ليس بمستحسن لنفسه، وإنما استحسن لأجل الكر **فيكون غناؤه** مثلي غناء الراجل فيفضل عليه بسهم ولأن مقدار الزيادة لا يوقف عليه حقيقة **فيدار الحكم على سبب ظاهر**، وهو الرأس والفرس مع أنا نمنع أن زيادة الغناء يستحق بها الزيادة بل بما ذكرنا، ألا ترى أن الشاكي بالسلاح أكثر غناء من الأعزل ومع هذا لا يستحق الزيادة **ولأن الفرس تبع** فلا يزيد سهمه على الأصل وما رواه محمول على التنفيل، كما روي «أنه عليه الصلاة والسلام **أعطى سلمة بن الأكوع** سهم الفارس والراجل»[1] رواه أحمد ومسلم بمعناه وهو كان راجلاً أجيراً لطلحة والأجير لا يستحق سهماً من الغنيمة **وإنما أعطاه رضخاً لجدّه** في القتال وقال: خير رجالنا سلمة بن الأكوع وخير فرساننا أبو قتادة.

قال رحمه اللّه: (ولو له فرسان) أي ولو كان له فرسان لا يستحق إلا سهمين معناه أنه لا يسهم إلا لفرس واحد إذا قاد فرسين أو أكثر، **وقال أبو يوسف: يسهم لفرسين** لأنه عليه الصلاة والسلام: «**أعطى الزبير خمسة أسهم**»[2] ولأنه يحتاج في القتال إلى فرسين، وربما يعيا الواحد فيحتاج إلى الآخر ولهما أن النبي ﷺ «لم يسهم يوم خيبر لصاحب الأفراس إلا لفرس واحد»[3] ولأنه يستحق السهم بالإرهاب عند مجاوزة الدار باعتبار ما يؤول إليه أمرهم من القتال معهم فارساً أو راجلاً والقتال

قوله: (ابن جارية) أي الأنصاري اهـ إتقاني. **قوله: (والراجل سهماً)** وروى محمد بن الحسن في المبسوط عن ابن عباس رضي اللّه عنهما أن رسول اللّه ﷺ قسم للفارس سهمين وللراجل سهماً يوم بدر قال المعتمر بن سليمان في كتابه: لم يكن في أصحاب بدر فارس غير اثنين مصعب بن عمير والمقداد بن الأسود اهـ إتقاني. **قوله: (فيكون غناؤه)** بالفتح والمدّ الكفاية اهـ إتقاني. **قوله: (فيدار الحكم على سبب ظاهر)** وهذا لأن الزيادة إنما تظهر عند الصدمة، وفي تلك الحالة كل واحد مشغول بنفسه اهـ إتقاني. **قوله: (ولأن الفرس تبع)** أي للرجل اهـ **قوله: (أعطى سلمة بن الأكوع)** أي في غزوة ذي قرد اهـ إتقاني. **قوله: (وإنما أعطاه رضخاً لجدّه)** الجدّ في الأمر الاجتهاد اهـ مصباح. **قوله: (وقال أبو يوسف: يسهم لفرسين)** لم يذكر القدوري في مختصره خلاف أبي يوسف، وقال أبو بكر الرازي في شرحه لمختصر الطحاوي: وروى أصحاب الإملاء عن أبي يوسف أنه يسهم لفرسين ولا يسهم لأكثر منهما، وقال في شرح الطحاوي: ولا يسهم إلا لفرس واحد في ظاهر الرواية، وعن أبي يوسف قال: يسهم لفرسين اهـ إتقاني. **قوله: (أعطى الزبير خمسة أسهم)** أي سهماً له وسهمين

---

(١) أخرجه مسلم في الجهاد والسير (١٨٠٧)، وأحمد في مسنده (٢٧٥٧٧).
(٢) أخرجه البيهقي في المعجم الكبير (٩/ ٥٢).
(٣) ذكره الزيلعي في نصب الراية (٣/ ٤١٩)

لا يتصوّر إلا على فرس واحد فيسهم له لا غير، ولهذا لا يسهم لثلاثة أو أكثر بالاتفاق والصحيح من حكاية الزبير أنه عليه الصلاة والسلام «أعطاه أربعة أسهم سهماً له وسهماً لأمه **صفية** وسهمين لفرسه»[١] رواه أحمد، فلا يلزم حجة ولئن **صح فهو محمول على التنفيل** على نحو ما ذكرنا من حكاية ابن الأكوع، والذي يدل عليه أنه ليس فيه أنه قاد فرسين.

قال رحمه اللّه: (**والبراذين كالعتاق**) لأن الإرهاب هو السبب وذلك باسم الخيل قال اللّه تعالى: ﴿ومن رباط الخيل ترهبون به عدوّ اللّه﴾ [الأنفال: ٦٠]، وهو يتناولهما والهجين والمقرف ولأن العتاق إن كان أقوى في الجري **فالبرذون أصبر وألين عطفاً** ففي كل واحد منهما منفعة مقصودة فاستويا وأهل الشام لا يسهمون للبراذين والحجة عليهم ما تلونا وما ذكرنا من المعنى.

قال رحمه اللّه: (**لا الراحلة والبغل**) أي لا تكون الراحلة والبغل كالعتاق حتى لا يسهم لهما لأن الإرهاب لا يقع بهما إذ لا يقاتل عليهما.

قال رحمه اللّه: (والعبرة للفارس والراجل عند المجاوزة) أي يعتبر كونه فارساً أو راجلاً عند مجاوزة الدار حتى لو دخل دار الحرب فارساً **فنفق فرسه** وقاتل راجلاً استحق سهم الفارس ولو دخل راجلاً فاشترى فرساً استحق سهم الراجل. وعن أبي حنيفة رحمه اللّه أنه يستحق سهم الفارس، لوجود القتال منه فارساً حقيقة، وهو أقوى من التقدير **وعند الشافعي يعتبر كونه فارساً أو راجلاً** حال انقضاء الحرب لأنه

لكل واحد من فرسيه اهـ كاكي وكتب على قوله الزبير ما نصه: يعني الزبير بن العوّام يوم خيبر اهـ **قوله**: (**صفية**) أي بنت عبد المطلب عمة رسول اللّه ﷺ اهـ إتقاني. **قوله**: (**ولئن صح فهو محمول على التنفيل**) أي تحريضاً على القتال اهـ إتقاني. **قوله في المتن**: (**والبراذين**) بالذال المعجمة اهـ **قوله في المتن**: (**كالعتاق**) العتاق جمع عتيق وهو الجواد والبرذون العجمي الخالص والعراب خلاف البراذين والهجين الذي أبوه عربي وأمه عجمية والمقرف الذي أبوه عجمي وأمّه عربية من خط الشارح. **قوله**: (**فالبرذون أصبر وألين عطفاً**) بفتح العين وكسرها ومعنى الفتح الإمالة والكسر الجانب اهـ كي. **قوله في المتن**: (**لا الراحلة والبغل**) وإنما لم يسهم لبغل ولا لراحلة لعدم ورود النص لأنه كان يكون في غزوات النبي ﷺ مع أصحابه الجمال والحمير والبغال، ولا يسهم لشيء منها ولو أسهم لظهر نقله لأنها كانت أكثر من الأفراس اهـ إتقاني رحمه اللّه. **قوله**: (**فنفق فرسه**) أي هلك اهـ **قوله**: (**وعند الشافعي يعتبر كونه فارساً أو راجلاً**) قال الإتقاني: وعند الشافعي يعتبر كونه فارساً أو راجلاً عند شهود الوقعة وفي رواية عند تقضي الحرب وهو تمام القتال اهـ **قوله**:

---

(١) أخرجه أحمد في مسنده (١٤٢٨).

سبب الاستحقاق، أما المجاوزة فوسيلة إلى السبب فلا تعتبر كالخروج من البيت، ولنا أن المجاوزة نفسها أقوى الجهاد لأن الخوف بها يلحقهم، ولهذا يحتاج عند الدخول إلى شوكة وجيش عظيم والحال/ بعدها حال الدوام فلا معتبر بها، ولهذا [٢/أ ٨٧] يكتب الإمام أسماء الفرسان والرجالة عندها لا غير، ويقول: العدوّ كم دخلوا والجهاد يكون بالإرهاب كما يكون بالقتل **وبه يستحق الفارس الزيادة** لا بالقتل، فعلم بذلك أن الإرهاب والإرعاب أشدّ عليهم من القتل، وهو المقصود بقوله تعالى: ﴿ترهبون به عدوّ اللّه وعدوّكم﴾ [الأنفال:٦٠]، وبقوله: ﴿ولا يطؤون موطئاً يغيظ الكفار﴾ [التوبة:١٢٠]، وبه تنكسر همتهم وينكسرون فكانت هذه الحالة أولى بالاعتبار لحصول المقصود عندها وهو الشرط، ألا ترى أن أحداً لم يشترط بقاء الفرس إلى تمام الاستحقاق حتى لو هلك الفرس بعد استقرار الهزيمة قبل إحراز الغنيمة **استحق سهم الفارس** ولا معنى لما قاله الشافعي، لأن الوقوف على حقيقة القتال متعسر لأنه حال التقاء الصفين والأحكام لا تتعلق بمثله، ولو دخل فارساً وقاتل راجلاً لضيق المكان استحق سهم الفارس، وكذا لو كان في السفينة لتهيئه للقتال فارساً وهو كالمباشرة، ألا ترى أن الردء والمدد يستحقون به وكذا الجند فيما أصابت السرية، ويشترط أن يكون الفرس صالحاً للقتال بأن يكون صحيحاً كبيراً حتى لو دخل بمهر أو مريض لا يستحق سهم الفرسان لأنه لا يقصد به القتال، وكذا لو باعه أو رهنه أو أجره أو وهبه بعد المجاوزة في رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمه اللّه اعتباراً للمجاوزة، وفي ظاهر الرواية يستحق سهم الرجالة لأن الإقدام على هذه التصرفات يدل على أنه لم يكن من قصده بالمجاوزة القتال فارساً، ولو باعه بعد انقضاء الحرب فله سهم الفرسان، **وكذا إذا باعه حال القتال عند البعض** والأصح أنه لا يستحق سهم الفرسان لأن بيعه يدل على أن غرضه التجارة **إلا أنه كان ينتظر عزته**، ولو دخل على فرس مغصوب أو مستعار أو مستأجر ثم استردّه المالك فقاتل راجلاً استحق سهم الفرسان في رواية اعتباراً للمجاوزة، وفي رواية يستحق سهم الرجالة لأنه لم يصمم

(وبه يستحق الفارس الزيادة) أي ولهذا يشارك الردء المباشر في الغنيمة لحصول الإرهاب بالكل اهـ إتقاني. **قوله: (استحق سهم الفارس)** أي باتفاق بيننا وبين الشافعي اهـ إتقاني. **قوله: (وكذا إذا باعه حالة القتال عند البعض)** أي لأن بيعه عند مخاطرة الروح دل على أنه إنما باعه لرأي رآه في الحرب لا لتحصيل المال لأن الروح تفوق المال، وهذا هو الصحيح عندي وقال صاحب الهداية: الأصح أنه يسقط وحمل أمره على أنه أراد التجارة وانتظر العزة وفيه نظر، لأن الإنسان العاقل في مثل تلك الحالة لا يختار المال على روحه اهـ إتقاني. قوله: إنما باعه لرأي رآه في الحرب إما لأنه وجده غير موافق له فربما يقتله لعدم أدبه أو غير ذلك،

على القتال فارساً حيث دخل على هذا الفرس مع علمه أن لصاحبه أن يستردّه أيّ وقت شاء وأن مدّة الإجارة تنقضي

قال رحمه الله: (وللمملوك والمرأة والصبي والذمي الرضخ لا السهم) لقول ابن عباس رضي الله عنهما: «أن النبي ﷺ كان يغزو بالنساء فيداوين الجرحى **ويحذين** من الغنيمة، وأما بسهم فلم يضرب لهن»[1] وقال أيضاً: «لم يكن للمرأة والعبد سهم **إلا أن يحذيا** من غنائم القوم»[2] رواهما أحمد ومسلم. وقال أيضاً: «كان النبي ﷺ يعطي المرأة والمملوك من الغنائم دون نصيب الجيش»[3] ولأن الجهاد عبادة والذمي ليس من أهلها والمرأة والصبي عاجزان عنه، ولهذا لم يلحقهما فرضه والعبد لا يمكنه مولاه وله منعه فلم يستحقوا السهم الكامل لكن يرضخ لهم على قدر ما يراه الإمام تحريضاً لهم على القتال، وما روي «أنه عليه الصلاة والسلام أسهم لقوم من اليهود قاتلوا معه وللصبيان»[4] فيما رواهما الترمذي وللنساء فيما رواه أحمد وأبو داود محمول على الرضخ والمكاتب عبد لقيام الرق فيه وتوهم عجزه فيمنعه المولى، وإنما يرضخ لهم **إذا باشروا القتال** أو كانت المرأة تداوي الجرحى وتقوم بمصالح المرضى لعجزها عن حقيقة القتال، فيكون جهادها عملاً يليق بحالها أو دل الذمي على الطريق لأن في الدلالة منفعة للمسلمين ولا يبلغ بالرضخ السهم لأنهم لا يساوون الجيش في عمل الجهاد إلا في دلالة الذمي، **فإنه يزاد على السهم** إذا كانت في دلالته منفعة/ [٨٧ب/٢] عظيمة لأن الدلالة ليست من عمل الجهاد فلا يلزم منه التسوية في الجهاد إذ ما يأخذه في الدلالة بمنزلة الأجرة فيعطى بالغاً ما بلغ، والأجير لا

ولأن العادة ليس هو البيع وغيره من العقود اهـ **قوله: (إلا أنه كان ينتظر عزته)** أي عزة الفرس اهـ **قوله: (ويحذين)** قال: ومنه الحديث كان يحذي النساء والصبيان من المغنم وحذيته لغة اهـ من خط الشارح اهـ وكتب ما نصه: الحذيا العطية وأحذيته أعطيته. **قوله: (إلا أن يحذيا)** أي يعطيا اهـ **قوله: (وإنما يرضخ لهم)** أي للمذكورين في المتن اهـ **قوله: (إذا باشروا القتال)** قال الإتقاني: لكن يرضخ لهم ولا يسهم لهم انحطاطاً لرتبة التبع عن المتبوع وهذا لأن العبد تبع للحر والصبي تبع للبالغ والذمي تبع للمسلم ولذا لا يمكن الذمي من اهـ **قوله: (فإنه يزاد على السهم)** أما إذا قاتل الذمي لا يبلغ برضخه سهم المسلم اهـ **قوله في**

---

(١) أخرجه مسلم في الجهاد والسير (١٨١٢)، والترمذي في السير (١٥٥٦)، وأبو داود في الجهاد (٢٧٢٧)، وأحمد في مسنده (٢٨٠٧).

(٢) أخرجه أحمد في مسنده (٢٢٣٥).

(٣) أخرجه أحمد في مسنده (٢٩٢٤).

(٤) أخرجه الترمذي في السير (١٥٥٨).

يسهم له لأنه دخل لخدمة المستأجر لا للقتال، وإن ترك الخدمة وقاتل يسهم له فصار كأهل سوق العسكر، وإن لم يقاتل فلا شيء له ولا يجمع له أجر ونصيب في الغنيمة.

قال رحمه اللّه: (**والخمس لليتامى** والمساكين وابن السبيل **وقدّم ذوو القربى** الفقراء منهم عليهم ولا حق لأغنيائهم) أي **يقدّم الفقراء من ذوي القربى على الطوائف الثلاث** وقال الشافعي رحمه اللّه: لذوي القربى خمس الخمس يستوي فيه فقيرهم وغنيهم ويقسم بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين ويكون ذلك لبني هاشم وبني المطلب، ولا يكون لغيرهم **فحاصله أن الخمس يقسم أثلاثاً** عندنا وعنده أخماساً سهم لذوي القربى **وسهم للنبي ﷺ يخلفه فيه الإمام ويصرفه إلى مصالح المسلمين والباقي للثلاثة** لقوله تعالى: ﴿ فأنَّ للّه خمسه وللرسول ولذي القربى ﴾ [الأنفال: ٤١]، وقال ﷺ: «يا بني هاشم إن اللّه كره لكم غسالة أيدي الناس فحرّم عليكم الصدقة وعوّضكم منها بخمس الخمس من الغنيمة»[(١)] ولم يفرق في الكتاب ولا في السنة بين الفقير والغني وأعطى عليه الصلاة والسلام العباس وقد كان غنياً، **ولنا** أن الخلفاء الراشدين قسموه على ثلاثة على نحو ما قلنا بمحضر من الصحابة فكان إجماعاً وبه تبين أن

المتن: (والخمس لليتامى) أي الفقراء أما اليتيم الغني فلا حق له فيه عندنا خلافاً لبعض أصحاب الشافعي ذكره في الدراية اهـ **قوله: (وقدم ذوو القربى)** القربى القرابة اهـ إتقاني. **قوله: (تقدم الفقراء من ذوي القربى على الطوائف الثلاث)** قال العلامة بدر الدين الكردري معنى هذا الكلام أن أيتام ذوي القربى ومساكين ذوي القربى يدخلون في سهم اليتامى والمساكين وأبناء السبيل يدخلون في سهم ابن السبيل، لما أن سبب الاستحقاق في هذه الأصناف الثلاثة الاحتياج غير أن سببه مختلف في نفسه من اليتم والمسكنة وكونه ابن السبيل، وفي التحفة هذه الثلاثة مصارف الخمس عندنا لا على سبيل الاستحقاق حتى لو صرف إلى صنف واحد منهم جاز كما في الصدقات اهـ كاكي. **قوله: (فحاصله أن الخمس يقسم أثلاثاً)** أي سهم لليتامى وسهم للمساكين وسهم لابن السبيل يدخل فقراء ذوي القربى فيهم ويقدمون اهـ هداية. **قوله: (وسهم للنبي عليه الصلاة والسلام يخلفه فيه الإمام)** وفي الكشاف: وعن الحسن في سهم رسول اللّه ﷺ أنه لذوي الأمر من بعده اهـ إتقاني رحمه اللّه. **قوله: (ويصرفه إلى مصالح المسلمين)** أي نحو سدّ الثغور وعمارة القناطر وأرزاق القضاة اهـ إتقاني قال في الكافي: وقال أبو العالية: يقسم على ستة أسهم سهم للّه يصرف إلى عمارة الكعبة إن كانت القسمة بقربها وإلى عمارة الجامع في كل بلدة هي بالقرب من موضع القسمة لأن هذه بقاع مضافة إلى اللّه تعالى اهـ **قوله: (والباقي للثلاثة)** أي لأنه عليه الصلاة والسلام قسمها على خمسة أسهم ولا نسخ بعده، ولأن الرسول عليه الصلاة

---

(١) ذكره الزيلعي في نصب الراية (٣ / ٤٢٤).

قسمته عليه الصلاة والسلام **لم تكن بطريق الحتم**، **وفيما روى إشارة إلى أن الأغنياء منهم لا يستحقون لأن العوض** إنما يثبت في حق **من يثبت في حقه المعوّض** وهم الفقراء، والنبي عليه الصلاة والسلام كان يعطيهم للنصرة لا للقرابة، ألا ترى أنه عليه الصلاة والسلام علل فقال: «إنهم لم يزالوا معي هكذا في الجاهلية والإسلام وشبك بين أصابعه»[١] وتبين بهذا أن المراد من ذوي القربى قرب النصرة لا قرب القرابة، ولهذا لم تحرم الزكاة على بعض الهاشمي لعدم النصرة كأولاد أبي لهب، وقد بيناه في الزكاة **يحققه أنه عليه الصلاة والسلام** «**أعطى بني المطلب** ولم يعط بني عبد شمس ولا بني نوفل فجاء عثمان وهو من بني عبد شمس وجبير بن مطعم وهو من بني نوفل فقالا: إنا لا ننكر فضل بني هاشم لمكانك الذي وضعك الله تعالى فيهم، ولكن نحن وبنو المطلب في القرابة إليك سواء فما بالك أعطيتهم وحرمتنا فقال: إنهم لم يزالوا معي

والسلام كان يستحقه بحق الإمامة فاستحقه من يخلفه في الإمامة وذوو القربى بالقرابة لأن الحكم إذا علق باسم مشتق كان مأخذ الاشتقاق علة لثبوته فيستوي غنيهم وفقيرهم كالإرث اهـ كافي. **قوله**: (**ولنا**) أي ما روي «عن ابن عباس أن الخمس كان يقسم على عهد رسول الله ﷺ على خمسة أسهم ثم قسمه أبو بكر وعمر وعثمان وعليّ على ثلاثة أسهم»[٢] اهـ كافي. **قوله**: (**لم تكن بطريق الحتم**) أي بل بطريق الجواز إذ لا يظن بهم خلافه عليه الصلاة والسلام اهـ كافي. **قوله**: (**وفيما روى**) أي الشافعي اهـ **قوله**: (**إشارة إلى أن الأغنياء منهم لا يستحقون**) فإن قال قائل قوله تعالى: ﴿وللرسول ولذي القربى﴾ [الأنفال: ٤١]، عمومه يقتضي وجوب السهم للفقراء والأغنياء منهم قيل له: هذا عندنا ليس بعموم بل هو مجمل موقوف الحكم على البيان من قبل أن قوله تعالى: ﴿ولذي القربى﴾ [الأنفال: ٤١]، لا يختص بقرابة النبي ﷺ دون قرابة غيره إذ كان الاسم يتناول الجميع، ألا ترى إلى قوله تعالى: ﴿وإذ أخذنا ميثاق بني إسرائيل لا تعبدون إلا الله وبالوالدين إحساناً وذي القربى﴾ [البقرة: ٨٣] لم يختص بقرابة نبي الله ﷺ دون غيره من الناس، وقد كان يجوز أن المراد به قرابة الخليفة أو قرابة الغانمين أو أمير الجيش، وروى قتادة عن الحسن أن المراد به قرابة الخلفاء فلما لم يكن في الآية دلالة على تنصيص قرابة النبي ﷺ دون غيرهم جعل اللفظ مجملاً مفتقراً إلى البيان وسقط الاحتجاج بعمومه اهـ إتقاني. **قوله**: (**لأن العوض**) أي وهو خمس الخمس اهـ **قوله**: (**من يثبت في حقه المعوّض**) أي وهو الصدقة لولا القرابة واستحقاقهم للصدقة لولا القرابة باعتبار الفقر فكذا السهم اهـ دراية. **قوله**: (**يحققه أنه عليه الصلاة والسلام أعطى بني المطلب**) أي لما قسم غنائم خيبر اهـ كاكي. **قوله**:

---

(١) أخرجه النسائي في قسم الفيء (٤١٣٧)، وأحمد في مسنده (١٦٢٩٩).

(٢) ذكره الزيلعي في نصب الراية (٣/٤٢٤).

هكذا في الجاهلية والإسلام»[١] يشير إلى نصرتهم له لأنهم قاموا معه حين أرادت قريش قتله عليه الصلاة والسلام ودخل بنو نوفل وعبد شمس في عهد قريش، ولو كان لأجل القرابة لما خصهم لأن عبد شمس ونوفلاً أخوا هاشم لأبيه وأمه والمطلب كان أخاه لأبيه فكانا أقرب إليه منه، **والمراد بالنصرة** كونهم معه يؤانسونه بالكلام والمصاحبة لا بالمقاتلة، ولهذا كان لنسائهم فيه نصيب ثم سقط ذلك بموته عليه الصلاة والسلام لعدم تلك العلة، وهي النصرة فيستحقونه بالفقر عند الكرخي لأنه في معنى الصدقة حتى كانوا يأخذونه في زمنه عليه الصلاة والسلام وفي قوله تعالى: ﴿كيلا يكون دولة بين الأغنياء﴾ [الحشر: ٧]، إشارة إليه وقال الطحاوي: يسقط نصيب الفقراء أيضاً **والأول أظهر**.

قال رحمه اللّه: (وذكره تعالى للتبرك) يعني ما ذكره اللّه في الخمس بقوله تعالى: ﴿فأنَّ للّه خمسه﴾ [الأنفال: ٤١]، لافتتاح الكلام تبركاً باسمه تعالى لأن الكل له وهو غير محتاج إلى شيء.

قال رحمه اللّه: (وسهم النبي ﷺ سقط بموته كالصفي) لأنه عليه الصلاة والسلام كان يستحقه بالرسالة ولا رسول بعده، ألا ترى أنه كيف أضاف إليه باسم الرسول بقوله: وللرسول وكذا الصفي وهو شيء «**كان رسول اللّه ﷺ يصطفيه لنفسه** ويستعين به على أمور المسلمين»[٢] «**وكانت صفية من الصفي**»[٣] رواه أبو داود.

(والمراد بالنصرة إلخ) لم يرد بالنصرة نصرة القتال فإن ذلك كان موجوداً في عثمان وجبير وإنما أراد نصرة الاجتماع به والمؤانسة في حال ما هجره الناس على ما روي «أن اللّه تعالى لما بعث رسول ﷺ من بني هاشم حسدتهم قريش فتعاهدوا فيما بينهم أن لا يجالسوا بني هاشم ولا يكلموهم حتى يدفعوا إليهم محمداً ليقتلوه، وتعاقد بنو هاشم على القيام بنصرته ﷺ فدخل بنو نوفل وبنو عبد شمس في عهد قريش ودخل بنو المطلب في عهد بني هاشم حتى دخلوا معهم الشعب فكانوا فيه ثلاث سنين مع رسول اللّه ﷺ حتى أكلوا العلهز من الجهد»[٤] اهـ مستصفى. **قوله: (والأول أظهر)** قال في الكافي: وهو الأصح اهـ **قوله: (كان رسول اللّه ﷺ يصطفيه لنفسه)** أي مثل درع أو سيف أو جارية اهـ هداية وكتب ما نصه: أي يختاره قبل الخمس اهـ قال محمد في السير بإسناده عن الزهري عن سعيد بن

---

(١) أخرجه البخاري في فرض الخمس (٣١٤٠)، وأبو داود في الخراج والإمارة والفيء (٢٩٧٨)، وابن ماجه في الجهاد (٢٨٨١)، وأحمد في مسنده (١٦٣٢٧).

(٢) أخرجه أبو داود في الخراج والإمارة والفيء (٢٩٩١) بنحوه.

(٣) أخرجه أبو داود في الخراج والإمارة والفيء (٢٩٩٤) عن عائشة.

(٤) أخرجه البيهقي في سننه الكبرى (٦/٣٦٥).

قال رحمه الله تعالى: (**وإن دخل جمع / ذو منعة** دارهم بلا إذن خمس ما أخذوا [٨٧/أ ٢] وإلا لا) يعني وإن لم يكونوا ذوي منعة لا يخمس لأن الخمس وظيفة الغنيمة وهي المأخوذة قهراً وغلبة، وذلك يحصل بالمنعة وإن لم يكن لهم منعة يكون أخذهم اختلاساً وسرقة لا قهراً وغلبة فلا يخمس، **وإن دخلوا** بإذن الإمام فالمشهور أنه يخمس لأنه لما أذن لهم التزم نصرتهم بالإمداد فصار كالمنعة **بخلاف ما إذا دخلوا بغير إذنه**

المسيب قال: «كان سيف النبي ﷺ ذو الفقار الذي تنفله يوم بدر كان سيف العاص بن منية بن الحجاج»[١] فهذا دليل على أنه لم يحمل من الجنة، وذكر هشام بن محمد بن السائب الكلبي عن أبيه في كتاب السيوف كان سيف رسول الله ﷺ ذو الفقار وكان للعاص بن منية بن الحجاج السهمي فقتله علي بن أبي طالب يوم بدر وجاء بسيفه إلى رسول الله ﷺ فصار بعد لعليّ أعطاه إياه النبي وله يقول القائل:

لا سيف إلا ذو الفقا ر ولا فتى إلا علـي

إلى هنا لفظ الكلبي وما ذكره الزمخشري في فائقه[٢] أن رسول الله ﷺ تنفله في غزوة بدر بني المصطلق ليس بصحيح لرواية من هو أقدم وأعلم اهـ إتقاني. **قوله**: **(وكانت صفية من الصفي)** أي من غنائم خيبر اهـ كافي. **قوله في المتن**: **(وإن دخل جمع ذو منعة إلخ)** قال في الهداية: وإذا دخل الواحد أو الاثنان دار الحرب مغيرين بغير إذن الإمام، فأخذوا شيئاً لم يخمس اهـ وفي المنية والثلاثة في حكم الاثنين وفي الأربعة يخمس ويوضع في بيت المال، وفي المحيط عن أبي يوسف أنه قدّر الجماعة التي لا منعة لها بتسعة نفر والتي لها منعة بعشرة اهـ دراية قال في السير الصغير: الرجل والرجلان يخرجان من دار الإسلام فيغيران في أرض الحرب فيصيبان الغنائم لا يخمس ما أصابوا، ولو بعث الإمام رجلاً واحداً طليعة من العسكر فأصاب غنيمة تخمس، ولو أن رجلاً أو رجلين أو ثلاثة أو من لا منعة له من المسلمين أو من أهل الذمة دخلوا دار الحرب بغير إذن الإمام فأصابوا غنائم فأخرجوها إلى دار الإسلام كان ذلك كله لهم ولا خمس فيه، فإن كان الإمام أذن له خمس ما أصابوا وكان ما بقي بينهم على سهام الغنيمة إلى هنا لفظه، وذلك لأن الإذن إذا لم يوجد صار أخذهم كأخذ اللص ولا خمس فيه لأن الخمس إنما يكون في المأخوذ قهراً وغلبة ولم يوجد ثم ما يأخذه كل واحد لا يشركه فيه أصحابه لأنه أخذ مالاً على أصل الإباحة كالصيد والحطب، وإن اجتمعوا على أخذ شيء واحد فهو بينهم كسائر المباحات اهـ إتقاني. **قوله**: **(وإن دخلوا)** أي من لا منعة لهم اهـ **قوله**: **(بخلاف ما إذا دخلوا بغير إذنه حيث**

---

(١) أخرجه الترمذي في السير (١٥٦١) بنحوه، وابن ماجه في الجهاد (٣٨٠٨)، وأحمد في مسنده (٢٤٤١) بدون لفظ «العاص بن منية بن الحجاج».

(٢) واسمه الفائق في غريب الحديث للعلامة جار الله الزمخشري. انظر كشف الظنون (٢/١٢١٧).

حيث لا يخمس لأنه لا يجب عليه نصرتهم، إذ ليس فيه وهن للمسلمين بخلاف ما إذا كان لهم منعة حيث يخمس لأنه يجب عليه نصرهم كيلا يلزم وهن المسلمين.

قال رحمه اللّه: **(وللإمام أن ينفل)** بقوله: من قتل قتيلاً فله سلبه، **وبقوله للسرية: جعلت لكم الربع بعد الخمس** لأنه تحريض على القتال وهو مندوب إليه قال اللّه تعالى: ﴿يا أيها النبي حرض المؤمنين على القتال﴾ [الأنفال: ٦٥]، **وحرض عليه السلام بالتنفيل على القتال** «**فقال: من قتل قتيلاً** له عليه بينة فله سلبه»[١] رواه أحمد والبخاري ومسلم، ونفل رسول اللّه ﷺ «الربع بعد الخمس في رجعته»[٢] رواه أحمد وأبو داود «وكان عليه الصلاة والسلام ينفل في البداية الربع وفي الرجعة الثلث»[٣] رواه أحمد وابن ماجه والترمذي فكان الزيادة في الرجعة لأجل أنهم يكلون وقوله: بعد الخمس ليس على سبيل الشرط ظاهراً لأنه لو نفل بربع الكل جاز وإنما وقع ذلك اتفاقاً، ألا ترى أنه لو نفل السرية بالكل جاز **فهذا أولى** ثم قد يكون التنفيل بغير ما ذكر هنا كالدراهم والدنانير أو يقول: من أخذ شيئاً فهو له ويدخل الإمام نفسه في قوله: من قتل قتيلاً فله سلبه استحساناً لأنه ليس من باب القضاء وإنما هو من باب استحقاق

لا يخمس) ولايقال: قوله تعالى: ﴿واعلموا أنما غنمتم من شيء فأنَّ للّه خمسه﴾ [الأنفال: ٤١]، مطلق فينبغي أن يخمس وجد الإذن أو لم يوجد، لأنا نقول: الغنيمة عند العرب هو المأخوذ قهراً وغلبة، وما أخذه اللص سرقة وما أخذه الواحد والاثنان جهراً خلسة فلايدخل تحت الغنيمة اهـ إتقاني. **قوله في المتن: (وللإمام أن ينفل إلخ)** لما كان التنفيل أمراً يتعلق بالغنيمة ذكره بعد ذكر الغنائم يقال: نفل السلطان فلاناً إذا أعطاه سلب قتيل قتله ونفل نفلاً ونفله تنفيلاً لغتان فصيحتان، كذا قال ابن دريد: والنفل بفتحتين الغنيمة وجمعها أنفال اهـ إتقاني وقوله: وللإمام أن ينفل أي في حال القتال قال الإتقاني: وإنما قيد بقوله: في حال القتال لأن التنفيل عندنا إنما يصح إذا كان قبل الإصابة وعند الأوزاعي يصح بعد الإصابة في حق السلب للقاتل كذا ذكره في الأسرار اهـ **قوله: (وبقوله للسرية: جعلت لكم الربع بعد الخمس)** أي بعد رفع الخمس اهـ **قوله: (وحرض عليه السلام بالتنفيل على القتال فقال: من قتل قتيلاً له إلخ)** وقوله ﷺ: «من قتل قتيلاً تسمية للشيء باسم ما يؤول إليه كقوله تعالى: ﴿أعصر خمراً﴾ [يوسف: ٣٦]، وقوله تعالى: ﴿إنك ميت وإنهم ميتون﴾ [الزمر: ٣٠] اهـ إتقاني. **قوله: (فهذا أولى)** أي لأن التصرف إليه وقد تكون

---

(١) أخرجه البخاري في المغازي (٤٣٢٢)، ومسلم في الجهاد والسير (١٧٥١)، والترمذي في السير (١٥٦٢)، وأبو داود في الجهاد (٢٧١٧).

(٢) أخرجه الترمذي في السير (١٥٦١)، وأبو داود في الجهاد (٢٧٤٩)، وأحمد في مسنده (١٧٠١١) واللفظ له.

(٣) أخرجه ابن ماجه في الجهاد (٢٨٥٢) واللفظ له، وأحمد في مسنده (٢٢٢٥٦) بنحوه.

الغنيمة، ولهذا يدخل فيه كل من يستحق الغنيمة سهماً أو رضخاً فلا يتهم به، بخلاف ما إذا قال: من قتلته أنا فلي سلبه حيث لا يستحق لأنه خص نفسه به فصار متهماً، وبخلاف ما إذا قال: من قتل منكم قتيلاً فله سلبه حيث لا يدخل لأنه ميز نفسه منهم ثم إنما يستحق السلب بقتله إذا كان المقتول مباحاً قتله حتى لا يستحق السلب بقتل النساء والصبيان والمجانين، لأن التنفيل تحريض على القتال وإنما يتحقق ذلك في المقاتل حتى لو قاتل الصبي فقتله استحق سلبه لأنه مباح الدم ويستحق بقتل المريض والأجير منهم والتاجر في عسكرهم والذمي الذي نقض العهد وخرج إليهم لأن بنيتهم صالحة للقتال أو هم مقاتلون برأيهم **ولا ينبغي له أن ينفل بكل المأخوذ**، وذكر في السير الكبير إذا قال الإمام للعسكر: ما أصبتم فهو لكم بعد الخمس أو لم يقل بعد الخمس لا يجوز لأن المقصود من التنفيل التحريض [على القتال](١) وإنما يحصل ذلك بتخصيص البعض بشيء وفيه إبطال تفضيل الفارس على الراجل أو إبطال الخمس فلا يجوز.

قال رحمه اللّه: (وينفل بعد الإحراز من الخمس فقط) يعني لا يجوز أن ينفل بعد إحراز الغنيمة بدار الإسلام إلا من الخمس لأن حق الغانمين قد تأكد فيه بالإحراز في الدار، ولهذا يورث منه لو مات فلا يجوز إبطال حقهم وليس لهم في الخمس حق فجاز للإمام أن ينفل منه، فإن قيل: حق الفقراء أيضاً قد تأكد في الخمس فوجب أن لا يجوز إبطاله كما لا يجوز إبطال حق الغانمين. قلنا: إنما جاز ذلك باعتبار أن المدفوع إليه مصرف بأن كان فقيراً وهذا لأن المستحق للخمس فقير غير معين فإذا جاز صرفه إلى فقير غير مقاتل فصرفه إلى فقير مقاتل أولى لأن فيه مصلحة للمسلمين وصرف المال إلى المستحق، وأما إذا كان المدفوع إليه غنياً فلا يجوز/ لما في هذا [٨٨ب/٢] التنفيل من إبطال حق الأصناف الثلاثة.

قال رحمه اللّه: (والسلب للكل إن لم ينفل) أي السلب لجميع الجند من جملة الغنيمة إذا لم ينفل به القاتل، وقال الشافعي هو للقاتل إذا كان من أهل أن يسهم له **وقد قتله مقبلاً** لما روينا والظاهر أنه نصب شرع لأنه بعث له، ولأن القاتل مقبلاً أكثر عناء فيختص بسلبه إظهاراً للتفاوت بينه وبين غيره، ولنا قوله تعالى: ﴿واعلموا أنما غنمتم من شيء فأنّ للّه خمسه﴾ [الأنفال: ٤١]، وهو غنيمة ولهذا

المصلحة فيه لشجاعة أولئك وكفايتهم اهـ **قوله: (ولا ينبغي له أن ينفل بكل المأخوذ)** أي لأن فيه إبطال حق الباقين من الغزاة، ومع هذا لو فعل جاز لما رأى فيه من المصلحة اهـ إتقاني.

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من المطبوع.

لا يستحقه من لا يستحق الغنيمة بغير مباشرة وإنما قلنا: إنه غنيمة لأنه مأخوذ بقوّة الجيش إذ لولا الجيش لما حصل السلب ولا تعتبر المباشرة، ألا ترى أن الردء يستحق الغنيمة بغير مباشرة فنال فيقسم قسمة الغنائم **وما رواه يحتمل التنفيل** فيحمل عليه توفيقاً بينه وبين ما تلونا والذي يدل عليه ما روي عن ابن مسعود رضي اللّه عنه أنه قال: «انتهيت إلى أبي جهل يوم بدر وهو صريع يذب الناس عنه بسيف له فجعلت أتناوله بسيف لي غير طائل فأصبت يده فندر سيفه فأخذته فضربته حتى قتلته ثم أتيت النبي ﷺ فأخبرته فنفلني بسلبه»[1] رواه أحمد، ولو كان السلب للقاتل لما صح التنفيل به ويدل عليه أن عادتهم كانت جارية بأن السلب كان من جملة الغنيمة وإنما قال عليه الصلاة والسلام: «من قتل قتيلاً له عليه بينة فله سلبه»[2] يوم حنين لما أصابهم ما أصابهم، وأراد بذلك عليه الصلاة والسلام تحريضهم على القتال حتى روي أن أبا قتادة لما سمع المقالة طلب سلب قتيله وأخذه بعدما كان تركه وأخذ أبو طلحة يومئذٍ سلب عشرين رجلاً والذي يدلك على ما قلنا: «أن خالد بن الوليد منع رجلاً سلب قتيله وكان عليهم أميراً فأخبر النبي ﷺ بذلك فقال له: أعطه، ثم قال: لاتعطه ولو كان نصب شرع لما وقع ذلك»[3] والحديث صحيح رواه مسلم وأحمد، ولا يقال لعل هذا متقدم لأن عوف بن مالك ذكر أنه قال لخالد وهو الراوي لهذا الحديث: أما علمت أن رسول اللّه ﷺ قضى بالسلب للقاتل قال: بلى لكن استكثرته ولو كان نصب شرع لاستحقه، وإن كثر ولم ينهه عليه الصلاة والسلام عنه وإنما منعه خالد لأنه لم ينفلهم به في تلك الغزوة، وزيادة القتال لا تعتبر في جنس واحد على ما بينا من قبل وليس في الحديث ما يدل على أنه قتله مقبلاً فاشتراطه يكون زيادة وهو نسخ على ما عرف في موضعه، ثم إذا مات المقتول على فوره فلا إشكال فيه أن سلبه يكون للقاتل، وإن تأخر موته فإن لم تفسم الغنيمة قبل أن يموت فكذلك، وإن مات بعد القسمة فلا يستحق من سلبه شيئاً لأنه بالإحراز تأكد ملك الغانمين فيه، وإن اختلف القاتل والغانمون في موته فقال: مات قبلها وقالوا هم: مات بعدها فالقول قولهم لأنهم ينكرون ولو أثخنه واحد وقتله آخر فالسلب لمن أثخنه ولو

قوله: (وقد قتله مقبلاً) حال من المفعول اهـ **قوله: (وما رواه يحمل التنفيل)** أي بل هو الظاهر لأن مثل ذلك إنما يكون لنصب الشرع إذا قاله بالمدينة في مسجده ولم ينقل أنه قال ذلك

---

(١) ذكره ابن حجر في التلخيص الحبير (٣ / ١٠٤).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) أخرجه مسلم في الجهاد والسير (١٧٥٣)، وأبو داود في الجهاد (٢٧١٩)، وأحمد في مسنده (٢٣٤٦٧).

مات فَسلبه المشركون ثم وقع سلبه في الغنيمة لا يأخذه القاتل ولو جرّوه نفسه ولم يسلبوا منه ثم ظهر عليه المسلمون فسلبوه فهو للقاتل، والفرق أنهم يملكون السلب بالأخذ فانقطع ملك القاتل وإذا لم يسلبوا منه لم يملكوا منه شيئاً.

قال رحمه اللّه: (وهو مركبه وثيابه وسلاحه **وما معه**) يعني السلب هو هذه الأشياء للعرف وكذا ما على مركبه من السرج والآلة، وكذا ما معه على الدابة من ماله في **حقيبته** أو في وسطه وما عدا ذلك فليس بسلب هكذا ذكر في الهداية، وفي المحيط ولو قال الأمير: من قتل قتيلاً فله فرسه فقتل رجل راجلاً ومع غلامه فرس قائم بجنبه بين الصفين/ [٨٩] يكون فرسه للقاتل لأن مقصود الإمام قتل من كان متمكناً من القتال فارساً، وهذا متمكن منه بخلاف ما إذا لم يكن بجنبه لأنه لا يتمكن إلا بالإعراض عن القتال ثم حكم التنفيل قطع حق الباقين عنه، فأما الملك فلا يثبت له حتى يحرز بدار الإسلام لما بينا من قبل حتى لو قال الإمام: من أصاب جارية فهي له فأصابها رجل واستبرأها **لا يحل له وطؤها ولا بيعها**، وكذا لو أتلف السلب غيره من الغزاة بعدما أخذه لا يجب عليه ضمانه، وفيه خلاف محمد بناء على أن الملك يثبت بنفس التنفيل عنده لأنه اختص به كالمسلم إذا اشترى جارية في دار الحرب يحل له وطؤها بعد الاستبراء، فكذا هذا بخلاف المتلصص إذا أخذ جارية في دار الحرب واستبرأها حيث لا يجوز له وطؤها **لأنه لم يملكها لعدم الاختصاص بها** حتى لو لحقه جيش المسلمين في دار الحرب شاركوه فيها، وعندهما لا يثبت الملك إلا بالقهر ولا يتم القهر إلا بالإحراز بالدار كما في الغنيمة في حق الجيش لأنه قبل الإحراز قاهر يداً مقهور داراً، فيكون السبب ثابتاً من وجه دون وجه، ولا أثر للتنفيل في إتمام القهر وإنما أثره في إفادة التخصيص وقطع الشركة، فأما السبب للملك بعد التنفيل فهو الذي كان سبباً قبله فأشبه المتلصص من هذا الوجه بخلاف الجارية المشتراة في دار الحرب لأن السبب فيها العقد والقبض واللّه أعلم.

إلا يوم بدر وحنين حين انهزموا للحاجة إلى التحريض اهـ **قوله في المتن: (وما معه)** أي لا عبده وما معه ودابته وما عليها وما في بيته اهـ كافي. **قوله: (حقيبته)** الحقيبة العجيزة ثم سمي ما يحمل من القماش على الفرس خلف الراكب حقيبة مجازاً لأنه محمول على العجز، كذا في المصباح اهـ **قوله: (لا يحل له وطؤها ولا بيعها)** وقال محمد: يحل له وطؤها وهو قول الأئمة الثلاثة اهـ فتح. **قوله: (لأنه لم يملكها لعدم الاختصاص بها)** قال فخر الإسلام في شرح الزيادات: أجمعوا فيمن دخل متلصصاً دار الحرب فأخذ جارية واستبرأها بحيضة لا يحل له وطؤها حتى يخرجها ثم يستبرئها اهـ إتقاني.

باب استيلاء الكفار

قال رحمه اللّه: (**سبى الترك الروم** وأخذوا أموالهم ملكوها) لأن الاستيلاء في المباح سبب الملك وقد تحقق لأن الكلام في كافر استولى على كافر آخر أو على ماله في دار الحرب، لأن الكافر يملك بمباشرة سبب الملك كالاحتطاب والاصطياد والشراء ونحو ذلك فكان بهذا السبب كالمسلم بل أولى، لأن الدنيا لهم والكفار بعضهم يستحل دماء بعض وأموالهم عند اختلاف الملل والملك فوجب أن يملكوهم بالاستيلاء، كما يملك المسلم به.

قال رحمه اللّه: (**وملكنا ما نجده من ذلك إن غلبنا عليهم**) أي من الذي سبوه من الروم أو أخذوه من أموالهم لأنه لما ملكوهم وأموالهم التحقوا بسائر أموالهم فكما تملك عليهم سائر أموالهم نملك عليهم هذا المال.

باب استيلاء الكفار

لما ذكر قبل هذا استيلاء المسلمين على أموال الكفار ذكر هنا حال استيلاء الكفار على أموال كفار أخر في دار حرب أخرى، أو على أموال المسلمين وما يترتب عليه من المسائل قاله الإتقاني اهـ قوله: أو على أموال المسلمين قال الكمال: وتقدّم الأول على الثاني ظاهراً اهـ **قوله في المتن: (سبى الترك الروم)** الترك جمع تركي والروم جمع رومي والمراد كفار الترك وكفار الروم اهـ إتقاني وكتب على قوله الروم ما نصه: قال الجوهري رحمه اللّه: هم من ولد الروم بن عيصو، يقال: رومي وروم مثل زنجي وزنج فليس بين الواحد والجمع إلا الياء المشدّدة كما قالوا: تمرة وتمر فلم يكن بين الواحد والجمع إلا الهاء اهـ وقال في المصباح: والترك جيل من الناس والجمع أتراك الواحد تركي مثل روم ورومي اهـ قوله: زنجي بكسر الزاي والفتح لغة اهـ مصباح. **قوله في المتن: (وملكنا ما نجده من ذلك)** أي وإن كان بيننا وبين الروم موادعة لأنا لم نغدرهم إنما أخذنا مالاً خرج عن ملكهم، ولو كان بيننا وبين كل من الطائفتين موادعة فاقتتلوا فغلبت إحداهما فإن لنا أن نشتري المغنوم من مال الطائفة الأخرى من الغانمين لما ذكرنا، وفي الخلاصة: والإحراز بدار الحرب شرط، أما بدارهم فلا ولو كان بيننا وبين كل من الطائفتين موادعة واقتتلوا في دارنا لا نشتري من الغانمين شيئاً لأنهم لم يملكوه لعدم الإحراز فيكون شراؤنا غدراً بالآخرين فإنه على ملكهم، وأما لو اقتتلت طائفتان في بلدة واحدة فهل يجوز شراء المسلم المستأمن من الغانمين نفساً، أو مالاً ينبغي أن يقال إن كان بين المأخوذ وبين الأخذ قرابة محرمة

قال رحمه الله: (**وإن غلبوا على أموالنا وأحرزوها بدارهم ملكوها**) **وقال الشافعي رحمه الله: لا يملكونها** لأن استيلاء الكفار محظور حين أخذوا وحين أحرزوا بدارهم **لوروده على مال معصوم، والمحظور لا يصلح سبباً للملك**، لأنه حكم مشروع فيستدعي سبباً مشروعاً والمحظور ليس بمشروع، ولأن الملك نعمة والنعمة لا تناط بالمحظور فصار كاستيلاء المسلم على مال المسلم **وكاستيلائهم على رقابنا**، ولا يقال: إنهم ليسوا بمخاطبين فكيف تثبت الحرمة في حقهم لأنهم مخاطبون بالحرمات كالزنا والربا فتثبت الحرمة في حقهم كالمسلم، ولنا أن الحرمات في الأموال تثبت على منافاة الدليل والأصل فيه الحل ولا يكون معصوماً لقوله تعالى: ﴿هو الذي خلق لكم ما في الأرض جميعاً﴾ [البقرة: ٢٩]، إلا أن العصمة فيه لمن اختص به بسبب من الأسباب كالشراء وغيره ضرورة تمكنه من الانتفاع به قطعاً للمنازعة، فإذا زال تمكنه بسبب إحرازهم بدارهم عاد إلى الأصل ولم يبق معصوماً فصار كالصيد وغيره من مباح

كالأمية، أو كان المأخوذ لا يجوز بيعه للآخذ لم يجز إلا إن دانوا ذلك عند الكرخي، وإن لم يكن فإن دانوا بأن من قهر آخر ملكه جاز الشراء وإلا لا اهـ **قوله في المتن: (إن غلبنا عليهم)** أي على الترك اهـ **قوله في المتن: (وإن غلبوا على أموالنا وأحرزوها بدارهم ملكوها)** وبه قال مالك وأحمد إلا أن عند مالك يملكونها بمجرد الاستيلاء بدون الإحراز، ولأحمد روايتان في رواية مع مالك وفي رواية معنا اهـ كاكي. **قوله: (وقال الشافعي: لا يملكونها)** أي وإن أحرزوها بدارهم اهـ إتقاني. **قوله: (لوروده على مال معصوم)** أي إذ سبب عصمته إسلام صاحبه بقوله عليه الصلاة والسلام: «فإذا قالوها عصموا مني دماءهم وأموالهم»[1] وهو باق فيبقى الحظر اهـ كاكي. **قوله: (والمحظور لا يصلح سبباً للملك)** أراد به المحظور من وجه دون وجه كما في البيع الفاسد، أمّا المحظور من كل وجه لايفيد الملك بالاتفاق كالبيع بالميتة أو الدم أو الخمر اهـ وكتب على قوله: لا يصلح إلخ ما نصه: أي على ما عرف من قاعدته اهـ فتح. **قوله: (وكاستيلائهم على رقابنا)** قال الكمال: ولأن النص دل عليه وهو ما روى الطحاوي مسنداً إلى عمران بن الحصين قال: كانت العضباء من سوابق الحاج فأغار المشركون على سرح المدينة وفيه العضباء وأسروا امرأة من المسلمين، وكانوا إذا نزلوا يريحون إبلهم في أفنيتهم فلما كانت ذات ليلة قامت المرأة وقد نوموا فجعلت لا تضع يدها على بعير إلا رغا حتى أتت على العضباء فأتت على ناقة ذلول فركبتها ثم وجهت قبل المدينة ونذرت لئن الله عز وجل نجاها عليها لتنحرنها فلما قدمت عرفت الناقة فأتوا بها إلى النبي ﷺ فأخبرته المرأة بنذرها فقال متبسماً: «جزيتها أو وفيتها لا وفاء لنذر في معصية الله، ولا فيما لا يملك ابن آدم»[1] وفي لفظ فأخذ ناقته ولو كان الكفار يملكون

---

(١) تقدم تخريجه.

الأصل فيملكونه، والدليل عليه أن اللّه تعالى سمى المهاجرين فقراء بقوله: ﴿للفقراء المهاجرين﴾ [الحشر:٨]، مع وجود ديارهم وأموالهم في دار الحرب، **ولو كان ملكهم باقياً لصاروا أغنياء به، وقال عليه الصلاة والسلام: «هل ترك لنا عقيل من دار»**[١] لو كان ملكهم باقياً لما استقام ذلك **فعلم بذلك أن استيلاءهم على مال مسلم يوجب الملك لهم/** بخلاف استيلاء المسلم على مال المسلم، لأن تمكنه من الانتفاع به قائم فتبقى عصمته، وبخلاف رقابنا لأنها لم تخلق محلاً للتملك لأن الآدمي خلق [ليملك][٢] لا ليملك، وإنما تثبت فيه محلية الملك بالكفر العارض وبخلاف ما إذا لم يحرزوها بدارهم لأن ملكهم بالاستيلاء ويتحقق ذلك بالإحراز بدارهم، لأن الظاهر أن المسلمين يستنقذونها منهم ما لم يحرزوها بدارهم، والمحظور لغيره لا يمنع المشروعية كالبيع [٨٩ب/٢]

بالإحراز لملكتها المرأة اهـ قوله: (**ولو كان ملكهم باقياً لصاروا أغنياء به**) أي وليس من يملك مالاً وهو في مكان لا يصل إليه فقيراً بل هو مخصوص بابن السبيل، ولذا عطفوا عليهم في نص الصدقة اهـ فتح. **قوله**: (**وقال عليه الصلاة والسلام: «هل ترك لنا عقيل من دار»**) قال الكمال: وأما ما استدل به الشارحون مما في الصحيحين أنه: «قيل له عليه الصلاة والسلام في الفتح: أين تنزل بمكة، فقال: وهل ترك لنا عقيل من منزل» وروي أتنزل غداً بدارك فقال: وهل ترك لنا عقيل من رباع وإنما قاله لأن عقيلاً كان استولى عليه وهو على كفره فغير صحيح لأن الحديث إنما هو دليل أن المسلم لا يرث الكفار، فإن عقيلاً إنما استولى على الرباع بإرثه إياها من أبي طالب فإنه توفي وترك علياً وجعفر مسلمين وعقيلاً وطالباً كافرين فورثاه إلا أن الدار كانت للنبي ﷺ فلما هاجر استولى عليها فملكوها بالاستيلاء اهـ قال الكمال عند قوله: وإذا غلبوا على أموالنا وأحرزوها بدارهم ملكوها وللجمهور أوجه من النقل والمعنى ثم قال: وأما المعنى فما أشار إليه المصنف بقوله: الاستيلاء ورد على مال مباح يعني الاستيلاء الكائن بعد الإحراز في حال البقاء ورد على مال مباح فينعقد سبباً للملك كاستيلائنا على أموالهم، فإنه ما تم لنا الملك فيه إلا لهذا المعنى وهذا أي كونه مباحاً إذ ذاك لأن العصمة ثبتت على مناط الدليل وهو قوله تعالى: ﴿هو الذي خلق لكم ما في الأرض جميعاً﴾ [البقرة: ٢٩]، فإنه يقتضي إباحة الأموال بكل حال، وإنما تثبت ضرورة تمكن المحتاج من الانتفاع فإذا زالت المكنة من الانتفاع عاد مباحاً وزوالها على التحقيق واليقين بتباين الدارين فإن الإحراز حينئذ يكون تاماً وهو الاقتدار على المحل حالاً ومآلاً بالادخار إلى وقت حاجته، بخلاف أهل البغي إذا أحرزنا أموالهم لا تزول

---

(١) أخرجه البخاري في المغازي (٤٢٨٣)، ومسلم في الحج (١٣٥١)، وأبو داود في الفرائض (٢٩١٠)، وابن ماجه في الفرائض (٢٧٣٠).

(٢) ما بين معكوفتين زيادة من المطبوع.

عند أذان الجمعة والطواف مع الشتم والصلاة في الأرض المغصوبة والاشتغال بالقراءة أو النافلة عند ضيق الوقت، فإن هذه الأشياء محظورة لغيرها وهي مشروعة بنفسها حتى يستحق بها الثواب الجزيل الآجل فما ظنك بالقليل العاجل وهو الملك في الدنيا.

قال رحمه الله: (وإن غلبنا عليهم فمن وجد ملكه قبل القسمة أخذه مجاناً **وبعدها بالقيمة**) أي إن غلب المسلمون على أهل الحرب فمن وجد منهم ماله الذي أخذه العدو قبل أن تقسم الغنيمة بين المسلمين أخذه بغير شيء، **وإن وجده بعد القسمة أخذه بالقيمة** لما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال: إن المشركين أحرزوا ناقة رجل من المسلمين بدارهم ثم وقعت في الغنيمة فخاصم فيها المالك القديم فقال عليه الصلاة والسلام: «إن وجدتها قبل القسمة فهي لك بغير شيء وإن وجدتها بعد القسمة فهي لك بالقيمة إن شئت»[1] فعلى هذا يحمل كل ما روي عنه عليه الصلاة والسلام: «أنه ردّه إلى مالكه أو يحمل على أنه استخلص منهم قبل أن يحرزوه بدارهم ثم ردّه إلى أصحابه» ولأن المالك القديم زال ملكه بغير رضاه فكان له حق الاسترداد نظراً له غير أن في الأخذ بعد القسمة ضرراً بالمأخوذ منه بإزالة ملكه الخاص فيأخذ بالقيمة إن شاء ليعتدل النظر من الجانبين **والشركة قبل القسمة عامة فيقل الضرر فيأخذه بغير شيء.**

أملاكهم، لأن العصمة ومكنة الانتفاع ثابتة مع اتحاد الدار والملة من وجه فلا يزول الملك بالشك اهـ **قوله: (فعلم بذلك أن استيلاءهم على مال مسلم يوجب الملك لهم)** فإن قيل: كيف يملكون أموالنا بالاستيلاء وقد قال الله تعالى: ﴿ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً﴾ [النساء:١٤١]، والتملك بالقهر من أقوى جهات السبيل قلنا: النص تناول المؤمنين وهم لا يملكونهم بالاستيلاء وحق الاسترداد للمالك القديم لا يدل على قيام الملك، فللواهب أن يرجع في هبته ويعيد إلى قديم ملكه مع زوال ملكه اهـ كافي. **قوله في المتن: (وبعدها بالقيمة)** وعند الشافعي يأخذون في الوجهين بغير شيء لأن الملك لم يثبت للكفار عنده اهـ إتقاني. **قوله: (وإن وجده بعد القسمة أخذه بالقيمة)** هذا إذا كان قيمياً فإن كان مثلياً كالدراهم والدنانير والمكيل والموزون فوجده بعد القسمة لا يأخذه لأنه لا فائدة في أخذه بمثله فلا يشرع مالا فائدة فيه اهـ مبسوط. قال الناطفي في كتاب البيوع من الأجناس: سألت شيخنا أبا عبد الله الجرجاني هل يورث حق أخذ الجارية المأسورة فقال: لا أعرفه منصوصاً وقد وجدت ذلك منصوصاً، ذكر في السير الكبير في عبد أسر فمات مولاه ثم وقع العبد في سهم رجل من المسلمين فلورثة الميت أن يأخذوه بالقيمة، وإن لم يكن وارث فلإمام المسلمين أن يأخذه للمسلمين، وذكر في كتاب الشفعة إملاء رواية ابن

---

(١) ذكره الزيلعي في نصب الراية (٣/٤٣٤).

قال رحمه الله: (وبالثمن لو اشتراه تاجر منهم) أي لو اشترى ما أخذه العدوّ منهم تاجر وأخرجه إلى دار الإسلام أخذه المالك القديم بثمنه الذي اشترى به التاجر من العدو لأنه لو أخذه بغير شيء لتضرر التاجر فيأخذه بثمنه **ليعتدل النظر من الجانبين، وإن اشتراه بعرض أخذه** بقيمة العرض، ولو كان البيع فاسداً يأخذه بقيمة نفسه، وكذا لو وهبه العدوّ لمسلم يأخذه بقيمته دفعاً للضرر عنهما إذ ملكه فيه ثابت فلا يزال بغير شيء، **ولو كان مثلياً** فوقع في الغنيمة يأخذه قبل القسمة لما ذكرنا ولا يأخذه بعدها، **وكذا إذا كان** موهوباً **وكذا لو اشتراه** التاجر شراء فاسداً وأخرجه إلى دار الإسلام أو **اشتراه صحيحاً بمثله قدراً ووصفاً** لأنه لو أخذه في هذه المواضع لأخذه بمثله وهو لايفيد حتى لو اشتراه التاجر منهم بأقل منه قدراً أو **بأردأ منه** له أن يأخذه لأنه مفيد، ولا يكون رباً لأنه يستخلص ملكه ويعيده إلى ما كان فصار فداء لا عوضاً.

قال رحمه الله: (**وإن فقأ عينه** وأخذ أرشه) أي للمالك القديم أن يأخذه بالثمن

سماعة قال محمد بن الحسن: يقول: إن لم يأخذه المولى حتى مات لم يكن لورثته سبيل على أخذه من قبل إن هذا بمنزلة الشفعة اهـ **قوله**: (**والشركة قبل القسمة عامة**) أي بين الغانمين اهـ فلا يصيب كل فرد ما يبالي بفوته فلا يتحقق الضرر اهـ كافي. **قوله**: (**فيقل الضرر**) أي عليهم أي على الغانمين اهـ **قوله**: (**فيأخذه بغير شيء**) أي أو لأن الملك لما كان عاماً لم يثبت له حكم الملك. ولهذا أورد في الأسرار أن واحداً من الغانمين لو استولد جارية من المغنم لم يثبت النسب لعدم الملك بعموم الشركة، بخلاف ما بعد القسمة حيث يأخذه بالقيمة لأنه لوأخذه بلا شيء يتضرر المالك الجديد لأنه أخذه عن نصيبه في المغنم فيفوت ذلك حينئذ، فلاعتدال النظر للمالك القديم والجديد أثبتنا حق الأخذ لكن بالقيمة اهـ إتقاني. **قوله**: (**ليعتدل النظر من الجانبين**) أي والقول في الثمن قول المشتري مع يمينه، كذا ذكر الحاكم الشهيد اهـ إتقاني. قوله: مع يمينه أي لأنه إنما يتملك عليه ماله بما يقر هو به كالمشتري مع الشفيع إذا اختلفا في الثمن، إلا أن يقيم المالك البينة أنه اشتراه بأقل فيثبت ذلك اهـ كمال رحمه الله. **قوله**: (**وإن اشتراه بعرض**) أي التاجر اهـ **قوله**: (**أخذه**) أي المالك القديم اهـ **قوله**: (**ولو كان مثلياً**) أي ما أخذه الكفار من المسلمين اهـ **قوله**: (**وكذا إذا كان**) أي المثلي اهـ **قوله**: (**وكذا لو اشتراه**) أي المثلي اهـ **قوله**: (**واشتراه صحيحاً بمثله قدراً ووصفاً**) أي لا يأخذ المالك القديم أيضاً إذا كان ما أخذه الكفار منا وأحرزوه بدارهم مشترى بمثله قدراً ووصفاً، لأنه لا فائدة في أن يعطي عشرة أقفزة جيدة ويأخذ عشرة أقفزة جيدة إلا إذا اشترى بخلاف الجنس، وإلا إذا اشترى بالأقل قدراً أو بالأردأ منه فحينئذ يكون للمالك أخذه بمثل ما اشتراه لوجود الفائدة اهـ إتقاني. **قوله**: (أو

الذي اشتراه به التاجر، وإن فقئت عين العبد المأسور في يد التاجر وأخذ التاجر وهو المشتري من العدوّ أرشها لما ذكرنا من النظر، ولا يحط عنه شيء من الثمن لأن الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن في ملك صحيح بعد القبض، وإن كانت مقصودة بالإتلاف بخلاف المشفوع لأن شراءه من غير رضا الشفيع مكروه، وملكه ينقض من غير رضاه **فأشبه البيع الفاسد**، وفيه تضمن الأوصاف مطلقاً لكون الملك غير صحيح كما يضمن في الغصب فكذا في المشفوع إذا كانت مقصودة بالإتلاف حتى لو هدم

بأردأ منه) أي أو بخلاف جنسه اهـ **قوله في المتن: (وإن فقأ عينه)** قال في الهداية: فإن أسروا عبداً فاشتراه رجل وأخرجه إلى دار الإسلام ففقئت عينه وأخذ أرشها فإن المولى يأخذه بالثمن الذي أخذ به من العدوّ، وقال الإتقاني: وصورة المسألة في الجامع الصغير: محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في عبد لرجل أسره العدوّ فاشتراه رجل من المسلمين فأخرجه ففقئت عينه فأخذ المولى أرشها، ثم جاء المولى الأول بكم يأخذ العبد قال: بالثمن الذي أخذه من العدوّ، وأصله أن الكفار يملكون أموالنا بالإحراز بدارهم عندنا، وقد مر بيانه ثم إذا اشترى رجل عبداً مأسوراً من العدو صح شراؤه فذا صح شراؤه صح ملكه في العبد، لكن للمالك القديم حق أخذ رقبة العبد إن شاء بالثمن الذي اشتراه به المشتري لحديث تميم ابن طرفة، وقد مر قبل هذا ولأنه لو أخذه مجاناً يتضرر به المشتري وليس للمسلم أن يضر بغيره، لكن ليس للمالك القديم أن يأخذ الأرش لأنه إنما هو أحق بالرقبة لإعادة العبد إلى قديم ملكه، والأرش حصل في ملك المشتري صحيحاً وليس فيه الإعادة إلى قديم الملك، ومع هذا لو أخذ الأرش أخذه بمثله فلا فائدة فيه لأن الأرش دراهم أو دنانير، ألا ترى أن العبد لو قتل في يد المشتري خطأ فأخذ قيمته لم يكن للمالك القديم عليه في القيمة سبيل لعدم الفائدة فهكذا هنا، وفي الزيادة والنقصان ربا وهو حرام ثم إذا لم يأخذ الأرش ليس له أن يحط شيئاً من الثمن بسبب فقء العين، لأن العين بمنزلة الوصف لأنه تحصل به صفة الكمال في الذات والأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن، وقد فات الوصف في ملك صحيح وبذهابه لا يسقط شيء من الثمن لأنه تابع، ألا ترى أنه لو اشترى عبداً فذهبت يده أو عينه لا يسقط شيء من الثمن بخلاف الوصف في مسألة الشفعة حيث يقابله شيء من الثمن، ولهذا إذا استهلك إنسان شيئاً من بناء الدار التي فيها الشفعة يسقط من الشفيع حصته لأن المبيع لما كان واجب الردّ إلى الشفيع بتحوّل الصفقة إليه صار كالمشتري شراء فاسداً، والوصف فيه مضمون لأنه واجب الرد كما في الغصب، فكذا فيها بخلاف ما نحن فيه فإن الملك صحيح للمشتري من العدوّ فحصل الفرق، قال الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير: روي عن محمد أن المولى يسقط عنه حصة الأرش من الفداء فجعله بمنزلة الشفيع أنه يأخذه بالحصة إذا استهلك إنسان شيئاً من البناء يقال: فقأت عينه أي أخرجتها فهي مفقوءة اهـ **قوله: (فأشبه البيع الفاسد)** أي من حيث إن كل واحد من القبضين

[٢/١٩٠] المشتري بناءه أو قلع شجره يسقط عن/ الشفيع حصته من الثمن، وفي المرابحة إنما اعتبرت الأوصاف حتى لا يبيعها مرابحة بعدما أتلفها مقصوداً لكونها مبنية على الأمانة بخلاف ما نحن فيه، ولأن ما يعطيه المالك القديم فداء وليس ببدل في حقه، والفداء لا يقابل بشيء من الأوصاف ولهذا لو تعيب عنده لم ينقص على المولى شيء ولأن الأخذ للمالك ثبت على خلاف القياس فيراعى فيه جميع ما ورد به الشرع وهو قوله عليه الصلاة والسلام فيه: «إن شاء أخذه بالثمن وإن شاء ترك»[١] والثمن اسم لجميعه فلا ينقص ولا يأخذ المولى القديم الأرش لأن ملك المشتري في الأرش صحيح لا شبهة فيه، فلو أخذه أخذه بمثله فلا يفيد ولو أخرجه المشتري من العدو عن ملكه بعوض يأخذه المالك القديم بذلك العوض إن كان مالاً وإن كان غير مال كالصلح عن دم أو هبة أخذه بقيمته ولا ينقض تصرفه بخلاف الشفيع لأن حقه قبل حق المشتري فينقض تصرف المشتري لأجله.

قال رحمه اللّه: (فإن تكرر الأسر والشراء أخذه الأول من الثاني بثمنه ثم القديم بالثمنين) معناه أن عبد الرجل أسره العدو فاشتراه رجل تاجر فأدخله دار الإسلام ثم أسره العدو ثانياً فأدخلوه دار الحرب فاشتراه رجل آخر فأدخله دار الإسلام أخذه المشتري الأول بثمنه ثانياً لأن الأسر ورد على ملكه فيكون خيار الأخذ له، ثم إذا أخذه هو يأخذه المالك القديم بالثمنين إن شاء أي الثمن الذي اشتراه به الأول من الحربي والذي اشتراه به الثاني من الحربي لأن المشتري الأول قام عليه بالثمنين أحدهما بالشراء الأول **والثاني بالتخليص من المشتري الثاني**، ولو أراد المالك القديم أن يأخذه من المشتري الثاني ليس له ذلك لأن الأسر الثاني لم يرد على ملكه، **وكذا لو كان المشتري الأول غائباً** وهو المأسور منه ثانياً لما ذكرنا، وكذا لو اشتراه المشتري الأول من التاجر الثاني ليس للمالك القديم أن يأخذه لأن حق الأخذ ثبت للمالك القديم في ضمن عود ملك المشتري الأول ولم يعد ملكه القديم وإنما ملكه بالشراء الجديد منه.

قال رحمه اللّه: (**ولا يملكون حرنا ومدبرنا وأم ولدنا ومكاتبنا** ونملك عليهم

واجب النقض كرهاً لحق الشرع اهـ كافي. **قوله**: (**والثاني بالتخليص من المشتري الثاني**) أي فلا يحط من ذلك شيء صيانة لحقه اهـ كافي. **قوله**: (**وكذا لو كان المشتري الأول غائباً**) أي ليس للأول أن يأخذه اعتباراً بحال حضرته اهـ كافي. وكتب ما نصه: فإن أبى المشتري الأول أخذه لا يأخذه المالك القديم لأن حق الأخذ إنما يثبت له في ضمن عود ملك المشتري الأول فإذا لم يثبت المتضمن لا يثبت ما في ضمنه اهـ دراية. **قوله في المتن**: (**ولا**

---

(١) أخرجه الطبراني في المعجم الكبير (٢ / ٢٥٠).

جميع ذلك) يعني بالغلبة لأن السبب لا يفيد الحكم إلا في محله وهؤلاء منا ليسوا بمحل لأن المحل للملك هو المال وهم ليسوا بمال إذ الحر معصوم بنفسه، وكذا غيره لأن الحرية قد ثبتت فيه من وجه بخلاف رقابهم لأن الشرع أسقط عصمتهم جزاء على جنايتهم وجعلهم أرقاء ولا جناية من هؤلاء.

قال رحمه اللّه: (**وإن ندّ إليهم جمل فأخذوه وملكوه**) لتحقق الاستيلاء عليه فإذا أخذه أحد وأخرجه إلى دار الإسلام مغنوماً أو مشترى فللمالك أن يأخذه على التفاصيل التي بيناها.

قال رحمه اللّه: (**وإن أبق إليهم قن لا**) أي لا يملكونه وهذا عند أبي حنيفة

يملكون حرنا ومدبرنا وأم ولدنا ومكاتبنا) وفائدته أن المولى يأخذ هؤلاء بلا شيء قبل القسمة وبعدها وكذا إن اشترى رجل واحداً مما ذكرنا من أهل الحرب بعد استيلائهم يأخذه المولى بلا شيء، والأصل فيه ما ذكره في شرح الطحاوي أن كل ما يملك بالميراث يملك بالأسر والاسترقاق والقهر والغلبة وهذا لأن سبب التملك وهو الاستيلاء إنما ينعقد سبباً إذا اتصل بالمحل كما في سائر الأسباب فلم يتصل فيما نحن فيه فلا يكون سبباً فلا يصح تملكهم، وذلك لأن الحر معصوم بنفسه وما بعده ليسوا بمحل له لاستحقاقهم الحرية، ولهذا لا يصح أن نتملكهم وهذا معنى قوله: لأن الحرية قد ثبتت فيه من وجه أي فيمن سوى الحر لا يقال: إذا ظهرنا عليهم نملك جميعهم حراً كان أو مدبراً أو غير ذلك فينبغي أن يملكوا أيضاً علينا كذلك من غير فرق بين الحر والمدبر والمكاتب وأم الولد وبين العبد القن لأنا نقول: يجوز تملكهم على بعضهم بالقهر والغلبة، وإن كان حراً جاز تملكنا عليه ولا يجوز تملكنا على أحرارنا ومدبرينا ومكاتبينا وأمهات أولادنا بالعقود فلا يجوز تملكهم أيضاً اهـ إتقاني رحمه الله. **قوله في المتن: (وإن ند)** قال في المصباح: ند البعير نداً من باب ضرب ونداداً بالكسر ونديداً ذهب ونفر على وجهه شارداً فهو ناد والجمع نواد اهـ **قوله في المتن: (وإن أبق إليهم قن إلخ)** قال في الكافي: وله أن سبب الملك الاستيلاء ولم يوجد فلم يثبت الملك وهذا لأن له يداً على نفسه لأنه آدمي مكلف ومعنى اليد القدرة على الحفظ والتصرف، ولهذا لو قبض ما وهب له تتم الهبة، وإذا اشترى نفسه من مولاه لرجل لم يملك المولى حبسه بالثمن إلا أنه أسقط اعتبار يده على نفسه لظهور يد سيده عليه ليتمكن بالانتفاع به فإذا زالت يد سيده بانفصاله عن دارنا ظهرت يده على نفسه ورفعت يده ثبوت يد الكفرة عليه فلا يتحقق الاستيلاء فلا يثبت الملك كما في المكاتب اهـ وكتب ما نصه: أي لمسلم اهـ هداية. قوله: لمسلم هذا قيد اتفاقي فإنه إذا كان العبد ذمياً فالحكم كذلك ذكره أبو اليسر[1] اهـ كاكي. وكتب على قوله: أبق ما نصه:

---

(١) هو محمد بن محمد بن الحسين (صدر الإسلام البزدوي) انتهت إليه رياسة الحنفية بما وراء النهر. توفي سنة (٤٩٣هـ) ببخارى. انظر الفوائد البهية (١٨٨).

رحمه الله **وقالا: يملكونه** لأن العصمة لحق المولى ضرورة تمكنه من الانتفاع به وذلك بقيام يده وقد زالت، ولهذا المعنى إذا أخذوه من دار الإسلام ملكوه فصار كالجمل الناد إليهم، ولأبي حنيفة رحمه الله أنه آدمي ذو يد صحيحة حتى إذا أودع وديعة لم يكن للمولى حق القبض، وكذا إذا اشترى نفسه من المولى ليس للمولى أن يحبسه فيكون في يد نفسه، وإنما لا يظهر على نفسه في دار الإسلام لتحقق يد المولى عليه تمكيناً له من الانتفاع به، وقد زالت يد المولى بتباين الدارين **فظهرت يده** على نفسه لزوال المانع وصار معصوماً بنفسه فلم يبق محلاً للتملك **بخلاف**

من باب تعب وقتل في لغة والأكثر من باب ضرب اهـ مصباح. وكتب على قوله قن ما نصه: قال في المصباح: القن الرقيق يطلق بلفظ واحد على الواحد وغيره فيقال: عبد قن وأمة قن وعبيد قن بالإضافة وبالوصف أيضاً وربما يجمع على أقنان وأقنة وهو الذي ملك هو وأبواه، وأما من يغلب عليه ويستعبده فهو عبد مملكة اهـ وقال في المغرب: والقن من العبيد الذي ملك هو وأبواه وكذلك الاثنان والجمع والمؤنث وقد جاء قنان وأقنان وأقنة، وأما أمة قنة فلم أسمعه وعن ابن الأعرابي عبد قن أي خالص العبودة وعلى ذا صح قول الفقهاء لأنهم يعنون به خلاف المدبر والمكاتب اهـ **قوله: (وقالا: يملكونه)** لهما أن العبد مال يجوز تملكه إذا وجد سببه وقد وجد سبب التملك وهو استيلاء أهل الحرب عليه فيملكونه ولهذا يملكون الآبق المتردد في دار الإسلام، والعبد المأذون بالدخول في دار الحرب إذا أحرزوهما بدارهم فصار استيلاؤهم عليه كاستيلائهم على الدابة المنفلتة إليهم ولأبي حنيفة أن العبد كما انفصل عن دار الإسلام ظهرت يده عليه، والمراد بظهور يده كونه قادراً على استعمال آلاته وصرف منافعه إلى حيث يريده في مصالحه فإذا ظهرت يد العبد زالت يد المولى وفاتت قدرة انتفاعه بالعبد للتنافي بين يد المولى ويد العبد لأن يد المولى عبارة عن القدرة على المحل تصرفاً كيف شاء ويد العبد كذلك فمحال أن يكون المحل الواحد مصروفاً إلى جهتين مختلفتين فلما ظهرت يد العبد منع ذلك يد أهل الحرب بخلاف الدابة فإنه لا يد لها تمنع أهل الحرب من الاستيلاء وبخلاف العبد الآبق المتردد في دار الإسلام فإنه في يد مولاه حكماً، لأن الاقتدار على المحل قائم بالطلب والاستعانة بأهل الدار فلم تظهر يد العبد وبخلاف العبد المأذون له بالدخول في دار الحرب لأن يد المولى قائمة حكماً أيضاً لأنه لما دخل بإذن المولى صارت يده يد نيابة عن المولى إذ الظاهر أنه يعود إلى دار الإسلام بخلاف الآبق لأنه لما أبق تمرد على مولاه وصار غاصباً ملك مولاه كما انفصل عن دار الإسلام فلم يبق للمولى يد لا حقيقة ولا حكماً فبطل القياس اهـ إتقاني. وكتب ما نصه: وهذا الخلاف فيء عبد مسلم أبق أما لو ارتد العبد فدخل دارهم فأخذوه يملكه الكفار بالاتفاق اهـ كاكي. **قوله: (فظهرت يده إلخ)** فإن قيل: العبد كما انفصل عن دار الإسلام يقع في يد أهل الحرب لأنه ليس بين الدارين موضع آخر

المتردد في دار الإسلام، لأن يد المولى / عليه باقية لقيام أهل الدار عليه فيمنع ظهور [٩٠ب/٢] يده، ولهذا لو وهبه لابنه الصغير ملكه الابن بالهبة ولو وهبه بعد دخوله دار الحرب لا يملكه بخلاف البعير الناد لان **العجماء** ليس لها يد فإذا خرجت عن يد المولى يملكها من أخذها، وإذا لم يثبت الملك لهم في العبد عند أبي حنيفة رحمه الله يأخذه المولى القديم يعني بغير شيء مغنوماً كان أو مشترى أو وجده بعد ما أسلم من في يده أو بعدما صار ذمياً، ولكن إن وجده مغنوماً بعد القسمة **يعوض من كان في يده من بيت المال** لأنه لا يمكن إعادة القسمة لتفرق الغانمين وتعذر اجتماعهم، **وليس له** على المالك جعل الآبق، لأنه عامل لنفسه بزعمه لأنه يدعي أنه ملكه سواء كان غازياً أو مشترياً.

قال رحمه اللّه: (ولو أبق بفرس ومتاع فاشترى رجل كله منهم أخذ العبد مجاناً وغيره بالثمن) وهذا عند أبي حنيفة، وقالا: يأخذ العبد أيضاً بالثمن إن شاء اعتباراً لحالة الاجتماع بحالة الانفراد وقد بينا الوجه في كل فرد مغنوماً أو مشترى، فإن قيل: ينبغي أن يأخذ المالك المتاع أيضاً بغير شيء على قول أبي حنيفة: لأنه لما ظهرت

فمن أين تظهر يد العبد إذا انفصل عن دارنا، فلو كان تظهر يده لعتق كعبد الحربي إذا أسلم والتحق بعسكر المسلمين قلت: لا نسلم أنه ليس بين الدارين موضع بل بين الدارين موضع حاجز بينهما فإذا وصل العبد إليه ظهرت يده فمنع يد أهل الحرب وإنما لم يعتق لأن من ظهور يده على نفسه لايلزم زوال ملك المولى فإنه لما ظهرت يده على نفسه صار غاصباً ملك المولى وجائز أن توجد اليد بلا ملك كما في المغصوب والمشترى قبل القبض فإن الملك للمولى واليد لغيره بخلاف عبد الحربي إذا أسلم والتحق بعسكرنا لأنه استولى على مال الحربي وهو غير معصوم فيملكه فلما ملكه زال ملك المولى فلما زال الملك عتق اهـ إتقاني رحمه الله تعالى. **قوله**: (**بخلاف المتردد**) أراد بالمتردد الذي يدور في دارنا اهـ إتقاني. **قوله**: (**العجماء**) العجماء البهيمة وإنما سميت عجماء لأنها لا تتكلم فكذلك كل من لم يقدر على الكلام فهو أعجم ومستعجم ويقال: صلاة النهار عجماء لأنه لا يجهر فيها بالقراءة كذا في مجمل اللغة[١] اهـ إتقاني. **قوله**: (**يعوض من كان في يده**) أي قيمته اهـ كافي. **قوله**: (**من بيت المال**) أي لأن نصيبه قد استحق فلو لم يرجع على أحد لكان إجحافاً ولو لزم العوض على المالك مع استمرار ملكه لكان إضراراً به وتعذر رجوعه على شركائه في الغنيمة لتفرقهم في القبائل فيعوضه من بيت المال لأنه معد لنوائب المسلمين، وهذا من نوائبهم ولأنه لو فضل شيء يتعذر قسمته كلؤلؤة توضع في بيت المال فإذا لحق غرم

---

(١) هو لأبي الحسين أحمد بن فارس القزويني اللغوي المتوفى سنة (٣٩٥). انظر كشف الظنون (١٦٠٤/٢).

يد العبد على نفسه ظهرت على المال لانقطاع يد المولى عن المال لأنه في دار الحرب ويد العبد أسبق من يد الكفار فلا يصير ملكاً لهم، **قلنا**: ظهرت يد العبد على نفسه مع المنافي وهو الرق فكانت ظاهرة من وجه دون وجه فجعلناها ظاهرة في حق نفسه **غير ظاهرة في حق المال**.

قال رحمه الله: (وإن ابتاع مستأمن عبداً مؤمناً وأدخله دارهم أو أمن عبد ثمة فجاءنا أو ظهرنا عليهم عتق) أي إذا اشترى كافر مستأمن عبداً مؤمناً وأدخله دارهم أو أمن عبد لحربي في دار الحرب فخرج إلى دار الإسلام أو إلى عسكر المسلمين أو ظهر عليهم المسلمون عتق في ذلك كله، أما الأول وهو ما إذا اشترى عبداً مسلماً ودخل به دارهم فالمذكور هنا قول أبي حنيفة وعندهما لا يعتق لأن استحقاق الإزالة كان بطريق البيع، وقد انتهى ذلك بالدخول في دارهم لعجز الإمام عن الإلزام فبقي في يده عبداً على ما كان لأن دار الحرب لا تنافي الملك بل الإدخال فيها سبب الملك، ألا ترى أنهم لو أسروا عبداً مؤمناً وأحرزوه بدارهم ملكوه ابتداء، فالاستدامة أولى لأن البقاء أسهل من الابتداء، ولأبي حنيفة رحمه الله أن العبد المسلم استحق الإزالة عن ملك الكافر بالبيع كيلا يبقى تحت ذله ولا يذهب ماله بلا عوض ما دام في دار الإسلام لما أن لمال المستأمن حرمة كمال الذمي وإذا عاد إلى دارهم سقطت عصمة ماله وعجز القاضي عن إخراجه عن ملكه وعن إعتاقه عليه إذ لا ينفذ قضاؤه على من في دارهم فأقيم إحرازه بدار الحرب مقام القضاء بالعتق إقامة للشرط مقام العلة إذ تباين الدارين شرط لزوال الملك في الجملة، ألا ترى أنه إذا سبي أحد الزوجين تقع الفرقة بينهما بالتباين والقياس على من أدخلوه دارهم غير صحيح لأن كلامنا فيمن وجب إزالته عن ملكه، والذي أدخلوه في دارهم لم يملكوه قبله حتى تجب إزالته وإنما ملكوه بعد دخوله دارهم فافترقا، وعلى هذا الخلاف إذا كان العبد ذمياً لأنه يجبر على بيعه ولا يمكن من إدخاله دار الحرب ذكره في النهاية معزياً إلى الإيضاح، وكذا إذا أسلم عبد الحربي في دار الحرب فاشتراه مسلم أو ذمي في دارهم على هذا الخلاف

يجعل ذلك في بيت المال لأن الغرم مقابل بالغنم اهـ كافي. **قوله**: (**وليس له**) أي للغازي أو التاجر اهـ **قوله**: (**قلنا إلخ**) قلت: غاية ما في الباب أن يده ظهرت على نفسه بالانفصال من دار الإسلام فلا يلزم من ظهور اليد ثبوت المالكية لأن ما في يده مال معصوم لمسلم فلا يجوز تملكه فيبقى الملك في يد العبد كما كان لصاحب الملك فيملكه أهل الحرب بالإحراز اهـ إتقاني. **قوله**: (**غير ظاهرة في حق المال**) وفيه نوع تأمل لأن استيلاء العبد على المال حقيقة وجد وهو مال مباح فينبغي أن يمنع استيلاء الكفار كما في الصيد اهـ دراية. **قوله**: وفيه نوع تأمل أقول: في هذا التأمل تأمل لأن العبد مملوك والمملوك لا يملك اهـ

لهما أن العتق في دار الحرب يعتمد زوال الاختصاص، ولم يوجد إذ قهر البائع زال إلى قهر المشتري فصار كأنه في يد البائع، ولأبي حنيفة رحمه الله أن قهر البائع زال حقيقة والحاجة إلى ثبوت قهر المشتري ابتداء، وفي المحل/ ما ينافيه فلا يثبت [٩١/أ/٢] ولأن إسلامه يقتضي زوال قهر غيره عليه إلا أنه تعذر الخطاب بالإزالة فأقيم ما له أثر في زوال الملك مقام الإزالة هكذا ذكر في الكافي، وأما الثاني وهو ما إذا أمن عبد حربي في دار الحرب فخرج إلى دار الإسلام أو إلى عسكر المسلمين أو ظهر عليهم المسلمون، فلما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال: «أعتق رسول الله ﷺ يوم الطائف من خرج إليه من عبيد المشركين»[١] رواه أحمد. وعن الشعبي عن رجل من ثقيف قال: سألنا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يرد إلينا أبا بكرة وكان مملوكاً فأسلم قبلنا فقال: «لا هو طليق الله ثم طليق رسوله»[٢] رواه أبو داود. وعن علي قال: «خرج عبدان إلى رسول الله ﷺ يوم الحديبية قبل الصلح فكتب إليه مواليهم فقالوا: والله يا محمد ما خرجوا إليك رغبة في دينك وإنما خرجوا هرباً من الرق فقال ناس: صدقوا يا رسول الله ردهم إليهم فغضب رسول الله ﷺ فقال: ما أراكم تنتهون يا معشر قريش حتى يبعث الله عليكم من يضرب رقابكم على هذا وإني لن أردهم وقال: **هم عتقاء الله** عز وجل»[٣] رواه أبو داود ولأنه أحرز نفسه بالخروج إلينا **مراغماً** لمولاه وبالالتحاق بمنعة المسلمين إذا ظهروا على الدار واعتبار يده أولى

قوله: (وقال هم عتقاء الله) فعلم بهذا أن العبد إذا خرج مراغماً لمولاه يكون حراً وكذلك إذا ظهر على دارهم بعد إسلام العبد يكون حراً لأنه لما التحق بمنعة المسلمين صار كأنه خرج إلى دار الإسلام ولا يكون عبداً للغزاة، لأنهم يحتاجون إلى أن يملكوه بالإحراز وهو يحتاج أن يحرز نفسه لينال شرف الحرية وإحرازه أسبق من إحرازهم فصار أولى لأنه صار صاحب يد في نفسه لكنه يحتاج إلى ما يؤكد يده بمنعة المسلمين وهم محتاجون إلى إثبات اليد ابتداء فكان اعتبار يده أولى. قال في شرح الطحاوي: ولا يثبت الولاء من أحد لأن هذا عتق حكمي وإن لم يخرج إلينا ولم يظهر على الدار لم يعتق إلا إذا عرضه المولى على البيع من مسلم أو كافر عتق العبد قبل المشتري البيع أو لم يقبل، لأن العبد استحق حق العتاق بالإسلام لكنا نحتاج إلى سبب آخر لزوال ملكه عنه ولما عرضه فقد رضي بزوال ملكه فلأن يكون راضياً بزواله إلى عبده أولى لأن غيره لم يستحق حق الزوال وعبده استحق حق الزوال إلى هنا لفظ شرح الطحاوي اهـ إتقاني. **قوله: (مراغماً)** قال في المغرب: وقد

---

(١) أخرجه أحمد في مسنده (١٩٦٠)، والدارمي في السير (٢٥٠٨) بنحوه.

(٢) أخرجه أحمد في مسنده (١٨٣٠٠) وانفرد به.

(٣) تقدم تخريجه.

من اعتبار يد المسلمين لأنها أسبق ثبوتاً على نفسه والحاجة في حقه إلى زيادة توكيد وفي حقهم إلى إثبات اليد ابتداء فكانت يده أولى **ولو أعتق حربي** عبداً حربياً في دار الحرب وهو في يده، ولم يخله أي قال له آخذاً بيده: أنت حر لا يعتق حتى لو أسلم والعبد عنده فهو ملكه، وعند أبي يوسف ومحمد يعتق لصدور ركن العتق من أهله بدليل صحة إعتاقه عبداً مسلماً في دار الحرب في محله لكونه مملوكاً ولأبي حنيفة رحمه الله أنه معتق بلسانه مسترق ببنانه، وهذا لأن الملك كما يزول يثبت باستيلاء جديد وهو أخذه له بيده في دار الحرب فيكون عبداً له بخلاف ما إذا كان مسلماً لأنه ليس بمحل التملك بالاستيلاء والله أعلم بالصواب.

باب المستأمن

قال رحمه اللّه: (دخل تاجرنا ثمة **حرم تعرضه لشيء منهم**) أي إذا دخل دار الحرب بأمان مسلم تاجر يحرم عليه أن يتعرض لشيء من أموالهم ودمائهم لنهيه عليه

راغمه إذا فارقه على رغمه ومنه إذا خرج مراغماً أي مغاضباً اهـ وكتب ما نصه: وقيد بقوله: مراغماً لأنه إذا خرج إلينا غير مراغم فهو عبد لمولاه يبيعه الإمام ويقف ثمنه لمولاه لأنه لم يخرج على سبيل التغلب فصار كمال الحربي الذي دخل به مستأمناً إلى دارنا كذا في الإيضاح اهـ دراية. **قوله**: (**ولو أعتق حربي**) هذا المسألة ذكرها في المجمع في كتاب العتق اهـ

باب المستأمن

لما فرغ عن بيان الاستيلاء وهو عبارة عن الاقتدار على المحل قهراً وغلبة شرع في باب الاستئمان لأن طلب الأمان إنما يكون حيث يكون فيه قهر وقدم استئمان المسلم تعظيماً له اهـ **قوله في المتن**: (**حرم تعرضه لشيء منهم**) أي وهذا لأنهم إنما مكنوه من الدخول في دارهم بعد الاستئمان بشرط أن لا يتعرض لشيء من دمائهم وأموالهم فإذا تعرض لذلك كان غدراً والغدر حرام لما روى محمد في أول كتاب السير الصغير عن أبي حنيفة عن علقمة بن مرثد عن عبد الله بن بريدة عن أبيه قال: «كان رسول الله ﷺ إذا بعث جيشاً أو سرية أوصى صاحبهم بتقوى الله في خاصة نفسه وأوصاه بمن معه من المسلمين خيراً ثم قال: اغزوا باسم الله وفي سبيل الله قاتلوا من كفر بالله لا تغلوا ولا تغدروا ولا تمثلوا ولا تقتلوا وليداً»[١] الحديث فيه طول، وروى صاحب السنن بإسناده إلى ابن عمر أن رسول الله ﷺ قال: «إن الغادر ينصب له لواء يوم القيامة فيقال: هذه غدرة فلان»[٢]

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) أخرجه البخاري في الأدب (٦١٧٧)، ومسلم في الجهاد والسير (١٧٣٥)، والترمذي في الفتن (٢١٩١) بدون لفظة (فلان)، وأبو داود في الجهاد (٢٧٥٦)، وابن ماجه في الجهاد (٢٨٧٢).

الصلاة والسلام عن الغدر على ما بينا من قبل **إلا إذا غدر بهم ملكهم** بأخذ الأموال أو الجيش أو غيره بعلمه، **ولم ينهه عنه لأنهم** نقضوا العهد به **فيباح له التعرض حينئذ كالأسير** والمتلصص، فيجوز له أخذ أموالهم وقتل نفوسهم وليس له أن يستبيح فروجهم فإن الفروج لا تحل إلا بالملك ولا ملك قبل الإحراز بالدار على ما بينا إلا إذا وجد امرأته المأسورة أو أم ولده أو مدبرته ولم يطأهن أهل الحرب لأنهن لا يملكهن أهل الحرب بالاستيلاء على ما بيناه فهن باقيات على ملكه، غير أن أهل الحرب إن وطئهن يكون شبهة في حقهن فيجب عليهن العدة فلا يجوز له أن يطأهن حتى تنقضي عدتهن بخلاف أمته المأسورة حيث لا يجوز له أن يطأها، وإن لم يطأها الحربي لأنها ملكوها فصارت من جملة أموالهم ولهذا لا يجوز له أن يتعرض لها بشيء إن دخل دارهم بأمان ولم ينتقض الأمان ويجوز له التعرض لزوجته وأم ولده ومدبرته لما ذكرنا.

قال رحمه اللّه: (فلو أخرج شيئاً ملكه ملكاً محظوراً فيتصدق به) يعني لو غدرهم وأخذ شيئاً وأخرجه إلى دار الإسلام ملكه ملكاً محظوراً لتحقق السبب وهو الاستيلاء على مال مباح **والحظر لغيره لا يمنع المشروعية** على ما بينا من قبل لانعقاد السبب كالاصطياد بقوس مغصوب غير/ أنه حصل بسبب الغدر فأوجب ذلك خبثاً فيه فيؤمر بالتصدق به. [٩١ب/٢]

قال رحمه اللّه: (فإن **أدانه حربي** أو أدان حربياً أو غصب أحدهما صاحبه وخرجا إلينا لم يقض بشيء) أي للتاجر الذي دخل دار الحرب بأمان إذا أدانه حربي أي باعه بالدين أو بالعكس أو غصب أحدهما الآخر وخرجا إلى دار الإسلام وتحاكما عند حاكم لم يقض لواحد منهما على الآخر، لأن القضاء يستدعي الولاية ويعتمدها **ولا ولاية وقت الإدانة أصلاً** إذ لا قدرة للقاضي فيه على من هو في دار الحرب ولا وقت

ولكن مع هذا لو غدر التاجر بهم وأخذ أموالهم وأحرزها بدار الإسلام ملكها ملكاً محظوراً إلا أن المحظور لا ينافي وقوع الملك اهـ وكتب ما نصه: لأن المسلمين عند شروطهم وقد شرط بالاستئمان أن لا يتعرض لهم فالتعرض بعده غدر اهـ كافي. **قوله**: (**إلا إذا غدر بهم ملكهم**) أي بالتجار ملك أهل الحرب اهـ **قوله**: (**ولم ينهه عنه لأنهم**) أي هم الذين يعني الذين نقضوا العهد به اهـ **قوله**: (**فيباح له التعرض حينئذ كالأسير**) قال في الكافي: بخلاف الأسير حيث يباح له التعرض وإن أطلقوه طوعاً لأنه غير مستأمن ولم يوجد منه الالتزام بعقد أو عهد اهـ **قوله**: (**والحظر لغيره لا يمنع المشروعية**) يعني أن مال أهل الحرب مباح في نفسه وإنما الحظر جاء لمعنى في غير المال وهو الأمان فلا يمنع انعقاد سبب الملك وهو الاستيلاء اهـ إتقاني. **قوله**: (**أدانه حربي**) الإدانة البيع بالدين والاستدانة الابتياع بالدين اهـ

القضاء على المستأمن لأنه ما التزم حكم الإسلام فيما مضى من أفعاله، **وإنما التزمه فيما يستقبل في حق أحكام يباشرها في دار الإسلام والغصب** في دار الحرب سبب يفيد الملك لأنه استيلاء على مال مباح غير معصوم فصار كالإدانة فإذا ملكه فليس للحاكم أن يتعرض له بالحكم ولكن يفتي المسلم برد المغصوب ويأمره به، لأنه التزم بالأمان **أن لا يغدرهم** وهذا غدر ولا يقضي عليه **لما ذكرنا**، وقال أبو يوسف: يقضي بالدين على المسلم دون الغصب لأنه التزم أحكام الإسلام حيث كان، ألا ترى أنهما لو خرجا مسلمين يحكم عليهما بالدين فكذا هذا، وأجيب عنه بأنه إذا امتنع في حق المستأمن امتنع في حق المسلم أيضاً تحقيقاً للتسوية بينهما.

قال رحمه اللّه: (**وكذلك** لو كانا حربيين **وفعلا ذلك** ثم استأمنا) لما ذكرنا.

قال رحمه اللّه: (وإن خرجا مسلمين قضى بالدين بينهما لا بالغصب) يعني الحربيين أسلما في دار الحرب ثم خرجا مسلمين بعدما أدان أحدهما صاحبه أو

مصباح. **قوله**: (**ولا ولاية وقت الإدانة أصلاً**) أي لا على المسلم المستأمن و لا على الحربي اهـ إتقاني. **قوله**: (**وإنما التزمه فيما يستقبل في حق أحكام يباشرها في دار الإسلام**) أي فلما انتفت الولاية لم يقض بشيء لأنه لا قضاء بدون الولاية قال في شرح الطحاوي: ولكنه يفتي فيما بينه وبين الله تعالى أن يقضي اهـ إتقاني. وكتب على قوله: في حق أحكام يباشرها ما نصه: الذي بخط الشارح في حق حكم يباشرها اهـ **قوله**: (**واغعصب إلخ**) قال الإتقاني: وكذلك في الغصب لا يقضي لواحد منهما على الآخر لأن غصب أحدهما مال صاحبه صادف مالاً لا عصمة له في حقه وذلك لأن دار الحرب دار القهر والغلبة فإذا استولى أحدهما على مال الآخر فقد ملكه ولا يحكم بالرد لثبوت الملك إلا أن المسلم المستأمن لما غصب مالهم صار ناقضاً للعهد لأخذه من غير طيبة أنفسهم فيؤمر فيما بينه وبين الله تعالى أن يرده ليرتفع الغدر اهـ **قوله**: (**أن لا يغدرهم**) غدر به غدراً من باب ضرب نقض عهده اهـ مصباح. **قوله**: (**لما ذكرنا**) أي من ثبوت الملك له فيه بالأخذ اهـ قال في الكافي: والجواب في المسألة الأولى قول أبي حنيفة ومحمد وأما على قول أبي يوسف، فالقاضي يقضي على المسلم بالدين. وقولهما مشكل لأن المسلم التزم أحكام الإسلام مطلقاً فصار كما لو خرجا مسلمين إلينا وأجيب بأن المديون إذا كان حربياً لم يقض عليه بشيء لأنه غير ملتزم لذلك فإذا كان مسلماً وجب أن لا يقضى عليه بشيء أيضاً لا لعدم الالتزام ولكن لتحقيق المساواة بين الخصمين اهـ قال الكمال: ولا يخفى ضعفه فإن وجوب التسوية بينهما ليس في أن يبطل حق أحدهما بلا موجب لوجوب إبطال حق الآخر بموجب بل إنما ذلك في الإقبال والإقامة والإخلاص ونحو ذلك اهـ قوله: ولا يخفى ضعفه أي ضعف هذا الجواب اهـ **قوله في المتن**: (**وكذلك**) أي لا يقضي بشيء في صورة الإدانة والغصب جميعاً اهـ **قوله في المتن**: (**وفعلا ذلك**) أي أدان أحدهما صاحبه أو غصب أحدهما مال الآخر اهـ

غصب منه وإنما يقضي بالدين لأنها وقعت صحيحة لوقوع المداينة بتراضيهما ولثبوت الولاية حالة القضاء لالتزامهما الأحكام بالإسلام، وإنما لا يقضي بالغصب لأن الغاصب ملكه على ما بينا من ورود الاستيلاء على مال مباح ولا يؤمر بالرد لأن ملك الحربي بالغصب صحيح لا خبث فيه، وإطلاق قوله عليه الصلاة والسلام: «من أسلم على مال فهو له»[1] يدل على ذلك بخلاف المسلم المستأمن إذا غصب منهم حيث يؤمر بالرد لخبث في ملكه لأنه ملكه بالخيانة ولا يقضي عليه به لما بينا.

قال رحمه الله: (مسلمان مستأمنان قتل أحدهما صاحبه تجب الدية في ماله والكفارة في الخطأ) أي مسلمان دخلا دار الحرب بأمان فقتل أحدهما الآخر عمداً أو خطأ تجب الدية في ماله وتجب الكفارة في الخطأ دون العمد لأنها لا تجب في العمد عندنا على ما عرف في موضعه، أما الكفارة والدية في الخطأ فلقوله تعالى: ﴿ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله﴾ [النساء: ٩٢] ولأن العصمة الثابتة بالإحراز بالدار لا تبطل بالدخول العارض بالأمان، وإنما تجب في ماله لأن العاقلة لا قدرة لهم على الصيانة مع تباين الدارين والوجوب عليهم على اعتبار تركها، وإنما تجب الدية في العمد في ماله لأن العواقل لا تعقل العمد والقصاص قد سقط للشبهة فلا بد من الدية صيانة للدم المعصوم فتعين أن يكون ذلك في ماله، **وعن أبي يوسف أن القصاص يجب عليه** لأنه بدخوله دار الحرب لا تبطل عصمته والمسلم من أهل دار الإسلام حيث كان والقصاص حق الولي ينفرد باستيفائه من غير حاجة فيه إلى الإمام فيستوفيه، قلنا: لا يمكن استيفاؤه إلا بمنعة، **لأن الواحد لا يقاوم القاتل ظاهراً** ولا منعة دون الإمام وجماعة المسلمين ولم يوجد ذلك في دار الحرب فلم يجب إذ لا فائدة للوجوب بدون الاستيفاء فصار كالحد، ولأن دار الحرب دار إباحة للدم فيصير ذلك شبهة مسقطة للعقوبة/ لأن مجرد صورة الإباحة يكفي لسقوط العقوبة وإن لم تثبت حقيقة، **ألا ترى أنه يسقط بقوله: اقتلني.** [٩٢/أ/٢]

قال رحمه الله: (ولا شيء في الأسيرين سوى الكفارة في الخطأ كقتل مسلم

قوله: (وعن أبي يوسف أن القصاص يجب عليه) قال في الكافي: وأما القود فلا يجب في ظاهر الرواية وعن أبي يوسف أن عليه القود في العمد لما بينا اهـ **قوله: (لأن الواحد لا يقاوم القاتل ظاهراً)** قال الكمال رحمه الله: وإذا سقط القصاص وجبت الدية لأنه لسقوطه بعارض مقارن للقتل ينقلب كقتل الرجل ابنه اهـ **قوله: (ألا ترى أنه يسقط بقوله: اقتلني)** ذكر الشارح رحمه الله في باب نكاح الرقيق لو قال: اقتلني فقتله تجب عليه الدية ولا يصح

---

(١) ذكره الزيلعي في نصب الراية (٣/ ٤١٠).

مسلماً أسلم ثمة) يعني إذا قتل أحد الأسيرين الآخر لا يجب شيء سوى الكفارة في الخطأ، وكذا إذا قتله مسلم مستأمن وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا: يجب عليه الدية في العمد والخطأ في ماله لأن المقتول كان معصوماً متقوماً بالإحراز بدار الإسلام فلا يبطل بالأسر العارض، كما لا يبطل بالدخول دارهم بأمان بل أولى لكونه مضطراً والمستأمن باختياره وعدم القصاص لفوات شرطه، وهو المنعة وتجب الدية في ماله لما ذكرنا ولأبي حنيفة أن الأسير صار تبعاً لهم بالقهر حتى صار مقيماً بإقامتهم ومسافراً بسفرهم كعبيد المسلمين، صاروا أتباعاً لهم في دار الإسلام فإذا كان تبعاً لهم فلا يجب بقتله دية كأصله وهو الحربي فصار كالمسلم الذي لم يهاجر إلينا، **وهو المراد بقوله: كقتل مسلم مسلماً أسلم ثمة،** أي في دار الحرب فإنه لا يجب بقتله إلا الكفارة في الخطأ لأنه غير متقوم لعدم الإحراز بالدار، فكذا هذا لبطلان الإحراز الذي كان في دار الإسلام بالتبعية لهم في دارهم ولا يرد علينا المستأمن لأنه ليس بمقهور فيمكنه الخروج باختياره فلا يكون تبعاً لهم وقال الشافعي رحمه الله: المسلم الذي أسلم في دار الحرب ولم يهاجر إلى دار الإسلام يجب القصاص بقتله عمداً وتجب الدية بقتله خطأ لأنه قتل نفساً معصومة لوجود العاصم وهو الإسلام لقوله عليه الصلاة والسلام: «فإذا قالوها عصموا مني دماءهم وأموالهم إلا بحقها»[١] أثبت العصمة بالإسلام لا غير ولأن العصمة تثبت نعمة وكرامة فتتعلق بما له أثر في استحقاق الكرامة وهو الإسلام وهذا لأن العصمة أصلها المؤثمة لحصول أصل الزجر بها وهي حاصلة بالإسلام ثابتة به حتى يأثم من تعرض له بعد الإسلام والمقوّمة كمال

إذنه في إبطال حق الورثة اهـ قال الكمال: فإن قيل: ما ذكرتم مخالف لإطلاق قوله تعالى: كتب عليكم القصاص ﴿والنفس بالنفس﴾ [المائدة:٤٥]، فالجواب أنه عام مخصوص بالقتل خطأ فإنه قتل وليس يجب به قصاص ونحو ذلك فجاز تخصيصه بالمعنى أيضاً اهـ قوله: (**وهو المراد بقوله: كقتل مسلم مسلماً أسلم ثمة**) قال في الهداية: وإذا أسلم الحربي في دار الحرب فقتله مسلم عمداً أو خطأ وله ورثة مسلمون هناك فلا شيء عليه إلا الكفارة في الخطأ قال الإتقاني: وهذه من مسائل الجامع الصغير وهي الرواية المشهورة عن أبي حنيفة وأبي يوسف في الجامع الصغير وغيره. وروي عن أبي حنيفة قال: لا دية عليه ولا كفارة من قبل أن الحكم لم يجر عليهم، وعن أبي يوسف قال: أضمنه الدية وأجعل عليه في الخطأ الكفارة وأستحسن ذلك وأدع القياس والقياس كما قال ابو حنيفة وجه ما روي عن أبي يوسف أنه محقون الدم لأجل إسلامه وكونه في دار الحرب لا ينفي تقوم دمه كالتاجر، ووجه الظاهر قوله تعالى: ﴿فإن كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة﴾ [النساء: ٩٢]،

---

(١) تقدم تخريجه.

فيها ليحصل كمال الامتناع لأن بعض السفهاء لا يترك التعرض له إلا بالمقومة **خوفاً من التبعة** في الدنيا فيكون وصفاً لها فيتعلق بما يتعلق به الأصل، ولنا قوله تعالى: ﴿فإن كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة﴾ [النساء:٩٢] جعل التحرير كل الموجب رجوعاً إلى حرف الفاء فإنها للجزاء وهو الكفاية أو إلى كونه كل المذكور فينتفي غيره كما انتفى في قتل المسلم الذي في دار الإسلام غير المذكور في الآية لهذا المعنى، وهذا لأن الآية سيقت لبيان الأحكام في القتل وهي أنواع فأوجب أولاً في المؤمن المطلق دية وكفارة **ثم أوجب بقتل مسلم لم يهاجر إلينا كفارة** ثم أوجب بقتل الذمي دية وكفارة فلا يزاد على واحد منها على ما أوجبه الله تعالى ولا نسلم أن أصل العصمة بالإسلام بل بكونه آدمياً لأنه خلق لإقامة الدين ولا يتمكن من ذلك إلا بعصمة نفسه بأن لا يتعرض له أحد وإباحة قتله عارض بسبب إفساده بالقتال، ألا ترى أن من لا يقاتل من الكفار كالذمي وذراري الحربي لا يجوز قتله لعدم الإفساد والمقومة تحصل بالإحراز بالدار، ألا ترى أن الذمي مع كفره يتقوم بالإحراز ولا تأثير للإسلام في تحصيل العصمة لأن الدين ما وضع لاكتساب الدنيا وإنما وضع لاكتساب الآخرة، وإذا كانت النفس معصومة بالآدمية فالمال يتبعها ليتمكن من تحمل أعباء التكاليف، وإن خلق عرضة في الأصل لأنه لا يقدر إلا به فيكون معصوماً بعصمته، وأما العصمة المقومة فالأصل فيها للأموال لأن التقوم يؤذن بجبر الفائت بالتماثل فيسد مسده/ ولا يتصور ذلك في النفس حقيقة بخلاف المال فكانت [٩٢ب/٢] النفوس تابعة للأموال فيها، ثم العصمة المقومة في الأموال لا تكون إلا بالإحراز بالدار مع كونه أصلاً فيها ففي النفس أولى لأنها تبع فيها وليس فيما رواه ما يدل على ما قال لأنهم عصموا أنفسهم بترك القتال، ولهذا لم يعصموا به بغير تركه ونظيره أداء الجزية يعصم الكافر به نفسه على اعتبار أنه يترك الإفساد عند أدائها والله أعلم بالصواب.

(فصل) قال رحمه الله: (لا يمكن مستأمن فينا سنة وقيل له: إن أقمت سنة وضع عليك الجزية) أي إذا دخل الحربي دار الإسلام بأمان لا يمكن أن يقيم فيها سنة

وكان أبو حنيفة يتأول هذه الآية في الذين أسلموا في دار الحرب اهـ **قوله: (خوفاً من التبعة)** التبعة وزان كلمة ما تطلبه من ظلامة ونحوها اهـ مصباح. **قوله: (ثم أوجب بقتل مسلم لم يهاجر إلينا كفارة)** قال: قلت: لا نسلم أن المراد من قوله تعالى: ﴿فإن كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن﴾ [النساء: ٩٢] الذي لم يهاجر إلينا بل المراد منه الباغي فإنه مؤمن من قوم عدو لنا، والشافعي لا يوجب الدية في قتل الباغي أيضاً قلت: المراد منه هو الذي لم يهاجر بالنقل عن أئمة التفسير وقد دل إطلاق اسم العدو على ذلك لأن العدو المطلق لنا هو الكافر لا الباغي، فإن الباغي إن كان من قوم عدو لنا من حيث الدنيا لكن من قوم أصدقاء

ويقول له الإمام: إن أقمت سنة كاملة وضعت عليك الجزية والأصل فيه أن الكافر لا يمكن من إقامة دائمة في دارنا إلا باسترقاق أو جزية لأنه يبقى ضرراً على المسلمين **لكونه عيناً لهم** وعوناً علينا، ويمكن من الإقامة اليسيرة لأن في منعها قطع المنافع من **الميرة** والجلب وسد باب التجارات كلها ففصلنا بينهما بسنة لأنها [مدة تجب فيها الجزية ثم](١) إن رجع إلى وطنه بعد مقالة الإمام له ذلك قبل تمام السنة فلا سبيل عليه.

قال رحمه الله: (**فإن مكث بعده سنة** فهو ذمي) لالتزامه الجزية فتعتبر المدة من وقت التقدم إليه لا من وقت دخوله دار الإسلام وللإمام أن يقدر له أقل من ذلك إذا رأى كالشهر والشهرين فإذا أقامها بعد ذلك صار ذمياً، وذكر في النهاية معزياً إلى المبسوط ما يدل على أنه يصير ذمياً عند إقامته في دار الإسلام سنة، وإن لم يتقدم إليه الإمام فإنه قال: إذا لم يقدر له الإمام مدة فالمعتبر هو الحول لأنه لإبلاء العذر والحول حسن لذلك كما في تأجيل العنين، ثم إذا صار ذمياً بمضي المدة المضروبة له استأنف عليه الجزية لحول بعده إلا أن يكون شرط عليه أنه إن مكث سنة أخذها منه فيأخذها منه حينئذٍ كما تمت السنة.

قال رحمه الله: (فلم يترك أن يرجع إليهم كما لو وضع عليه الخراج أو نكحت

لنا من حيث الدين والدار والكافر عدونا ديناً وداراً اهـ (فصل) **قوله: (لكونه عيناً لهم)** العين جاسوس القوم كذا في الجمهرة والعون الظهير على الأمر والجمع أعوان اهـ إتقاني. وكتب ما نصه: فيطلع على عورات المسلمين وينهي الخبر إلى دارهم اهـ كافي. **قوله: (الميرة)** بكسر الميم وسكون الياء الطعام يمتاره الإنسان فأما المئرة بالهمزة فهي النميمة قال في الجمهرة: وكل شيء جلبته من إبل وخيل وسائر ذلك من الحيوان للتجارة فهو جلب وهو بفتحتين اهـ إتقاني. **قوله في المتن: (فإن مكث سنة)** أي بعد تقدم الإمام إليه. أي قوله: له ما يعتمد في ضرب الجزية عليه اهـ كمال. وقال الكمال: قوله: وبعد تقدم الإمام يفيد اشتراط تقدم الإمام في منعة العود إذا أقام سنة وبه صرح العتابي فقال: لو أقام سنتين من غير أن يتقدم إليه الإمام فله الرجوع قيل: ولفظ المبسوط يدل على أن تقدم الإمام ليس شرطاً لصيرورته ذمياً فإنه قال: وينبغي للإمام أن يتقدم إليه فيأمره إلى أن قال: فإن لم يقدر له مدة فالمعتبر الحول وليس بلازم لأنه يصدق بقوله: إن أقمت طويلاً منعتك من العود فإن أقام سنة منعه، وفي هذا اشترط التقدم غير أنه لم يوقت له مدة خاصة والوجه أن لا يمنعه حتى يتقدم إليه، ولا أن يؤقت مدة قليلة كالشهر والشهرين ولا ينبغي أن لا يلحقه عسر بتقصير المدة جداً خصوصاً إذا كان له معاملات يحتاج في اقتضائها إلى مدة مديدة

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من المطبوع.

ذمياً لا عكسه) يعني لا يترك أن يرجع إلى دار الحرب بعد ما مكث في دارنا سنة كما لا يترك أن يرجع إليهم بعد ما وضع عليه الخراج أو إذا تزوجت الحربية ذمياً لأنها تصير بذلك ذمية لالتزامها المقام معه لا عكسه، وهو ما إذا تزوج الحربي ذمية لأنه لا يصير بذلك ذمياً لعدم التزامه المقام في دارنا لتمكنه من طلاقها فلا يمنع إذا خرج إلى دار الحرب، وإذا صار ذمياً يمنع لأن في عوده ضرراً بالمسلمين بعوده حرباً علينا وبتوالده في دار الحرب وقطع الجزية وقوله: كما لو وضع عليه الخراج دليل على أنه لا يصير ذمياً بشراء أرض الخراج حتى يوضع عليه الخراج ومن المشايخ من قال: يصير ذمياً بنفس الشراء لأنه لما اشتراها وحكم الشرع فيها بوجوب الخراج صار ملتزماً حكماً من أحكام الإسلام، **والمراد من وضع الخراج التزامه بمباشرة الزراعة** أو تعطيلها عنها مع التمكن وهو الصحيح لأن الشراء قد يكون للتجارة فلا يدلنا على التزامه أحكام الإسلام، وأما الزراعة أو ترك الأرض على ملكه إلى أوان الخراج فدليل على

اهـ **قوله: (أونكحت ذمياً)** قال في الهداية: وإذا دخلت حربية بأمان فتزوجت ذمياً صارت ذمية قال الإتقاني: اعلم أنها إذا تزوجت ذمياً تصير ذمية تجري عليها أحكام أهل الذمة بعد ذلك من نحو المنع من الخروج إلى دارهم وأخذ الخراج من أرضها وما شابه ذلك مما ذكرنا اهـ **قوله: (والمراد من وضع الخراج التزامه بمباشرة الزراعة)** قال الإتقاني: اعلم أنه لا يكون ذمياً بمجرد الشراء والزراعة حتى لو باع الأرض قبل وجوب الخراج لا يكون ذمياً وبه صرح الكرخي في مختصره وشمس الأئمة البيهقي في الشامل في قسم المبسوط، وإنما يصير ذمياً إذا وضع الخراج على الأرض فيؤخذ منه الخراج لسنة مستقبلة من وقت وضع الخراج قال فخر الإسلام: معنى قول محمد: إذا وضع عليه الخراج أي وظف عليه لأنه إذا وظف عليه فقد لزمه حكم يتعلق بالمقام في دارنا فصار في ضرورته أن يكون ذمياً. ثم قال فخر الإسلام: وكذا لو لزمه عشر في قياس قول محمد: إذا اشترى أرضاً عشرية يكون ذمياً أيضاً لأنهما جميعاً من مؤن الأرض، ولو اشترى الحربي أرض العشر صارت أرض خراج في قول أبي حنيفة فيكون ذمياً إذا أوجب عليه فيها الخراج وهي وأرض الخراج واحد في قول أبي حنيفة كذا ذكر الكرخي في مختصره[١]، أما إذا استأجر الحربي أرض خراج فزرعها وخراجها على صاحبها لا يكون ذمياً إلا إذا كانت أرضاً بالمقاسمة بنصف ما يخرج فزرعها الحربي بقدرها فحكم الإمام بالخراج عليه دون صاحب الأرض يكون ذمياً، فيوضع عليه خراج رأسه ولا ينظر إلى ملك الرجل بل إلى وجوب الخراج، ولهذا إذا ادَّعى الحربي أرض خراج بالمقاسمة فآجرها من مسلم أو ذمي فأخذ الخراج من المستأجر على ما رآه الإمام

---

(١) هو في فروع الحنفية للإمام أبي الحسين عبد الله بن الحسين الكرخي المتوفى سنة (٣٤٠هـ). انظر كشف الظنون (٢/ ١٦٣٤).

التزامه أحكام الإسلام فيصير ذمياً فيترتب عليه أحكام أهل الذمة من وجوب القصاص بقتله **ومنعه الرجوع إلى دار الحرب** وسائر أحكام أهل الذمة وأول مدته من وقت الوجوب حتى إذا لزمه الخراج تلزمه الجزية لسنة مستقبلة لصيرورته ذمياً بلزومه، وقوله: أو نكحت ذمياً دليل على أنها تصير ذمية بنفس التزوج لأن المرأة تابعة للرجل في السكنى حتى كان له أن يسكنها حيث شاء وتصير مقيمة بإقامته فتصير راضية بالمقام معه في/ دارنا فتصير ذمية بمجرد التزوج، وقوله: لا عكسه أي لو تزوج حربي ذمية لا يصير ذمياً لانعكاس الأحكام التي ذكرناها.

قال رحمه الله: (فإن رجع إليهم وله وديعة عند مسلم أو ذمي أو دين عليهما حل دمه) أي الحربي المستأمن رجع إلى دار الحرب وترك وديعة عند مسلم أو ذمي أو ديناً عليهما حل دمه بالعود إلى دار الحرب لأنه أبطل أمانه به فعاد حربياً وما كان في أيدي المسلمين أو الذميين من ماله فهو باق على ما كان عليه حرام التناول لأن حكم أمانه في حق ماله لا يبطل.

قال رحمه الله: (فإن أسر أو ظهر عليهم فقتل سقط دينه وصارت وديعته فيئاً) أما الوديعة فلأنها في يده حكماً لأن يد المودع كيده تقديراً فتصير فيئاً تبعاً لنفسه فصار كما إذا كانت في يده حقيقة، وعن أبي يوسف أنها تصير ملكاً للمودع لأن يده فيها أسبق فكان بها أحق، وأما الدين فلأن اليد عليه لا تكون إلا بواسطة المطالبة، وقد بطلت لبطلان مالكيته إذ مملوكيته بالأسر تنافي مالكيته الدين وإذا لم يبق مملوكاً له صار ملكاً لمن عليه الدين لأن يده أسبق إليه من يد غيره ولا طريق لجعله فيئاً لأن الفيء هو الذي يملك قهراً ولا يتصور ذلك في الدين لأنه ليس بمال على التحقيق بل هو عبارة عن وجوب تمليك المال فلم يكن الاستيلاء على مالكه **استيلاء عليه**، ولو كان له رهن فعند أبي يوسف يأخذه المرتهن بدينه، وقال محمد: يباع ويوفى بثمنه الدين والفاضل لبيت المال.

قال رحمه الله: (وإن قتل ولم يظهر عليهم أو مات فقرضه ووديعته لورثته) لأن حكم الأمان باق لعدم بطلانه فيرد على ورثته لأنهم قائمون مقامه بخلاف المسألة الأولى لأن نفسه لما كانت مغنومة تبعها ماله لأن ما في يد مودعه كيده، وهنا نفسه لم تصر مغنومة فكذا ماله فكأنه مات والمال في يده لما ذكرنا فإن قيل: ينبغي أن

فإن الحربي لا يصير ذمياً اهـ **قوله**: (**ومنعه الرجوع إلى دار الحرب**) أي وجريان القصاص بينه وبين المسلم وضمان المسلم قيمة خمره وخنزيره إذا أتلفه ووجوب الدية عليه إذا قتله خطأ ووجوب كف الأذى عنه فتحرم غيبته، كما تحرم غيبة المسلم فضلاً عما يفعله السفهاء من صفعه وشتمه في الأسواق ظلماً وعدواناً اهـ فتح. **قوله**: (**استيلاء عليه**) أي على

يكون ماله فيئاً كما إذا أسلم الحربي في دار الإسلام وله وديعة عند مسلم في دار الحرب ثم ظهر على دار الحرب يكون فيئاً فلا تكون يد المودع كيد المودع قلنا: يد المودع كيد المالك من وجه دون وجه والعصمة ما كانت ثابتة في المستشهد به لما أن دار الحرب ليست بدار عصمة فلا تصير معصومة بالشك، وفي هذه العصمة كانت ثابتة فيها وقت الإيداع إذ دار الإسلام دار عصمة ولم يظهر على دارهم فتبقى على حالها معصومة فلا تزول بالشك.

قال رحمه اللّه: (وإن جاءنا حربي بأمان وله زوجة ثمة) أي في دار الحرب (وولد) أي صغار وكبار (ومال عند مسلم وذمي وحربي فأسلم هنا ثم ظهر عليهم **فالكل فيء**) أما المرأة وأولاده وما في بطنها والعقار فلما بينا في باب الغنائم، وأما أولاده الصغار فلأن الصغير إنما يتبع أباه ويصير مسلماً بإسلامه إذا كان في يده وتحت ولايته ومع تباين الدارين لا يتصور ذلك، وأمواله لم تصر محرزة بإحراز نفسه لاختلاف الدارين فبقي الكل فيئاً وغنيمة ولو سبي الصبي في هذه المسألة وصار في دار الإسلام فهو مسلم تبعاً لأبيه لأنهما اجتمعا في دار واحدة بخلاف ما قبل إخراجه إلى دار الإسلام حيث لا يكون مسلماً لما بينا من اختلاف الدارين ثم هو فيء على حاله لما ذكرنا، وكونه مسلماً لا ينافي الرق لما عرف في موضعه.

قال رحمه اللّه: (وإن أسلم ثمة) أي في دار الحرب (فجاءنا) أي إلى دار الإسلام (فظهر عليهم) أي على أهل الحرب (فولده الصغير حر مسلم **وما أودعه عند مسلم** أو ذمي فهو له/ وغيره فيء) **وهو أولاده الكبار** والمرأة والعقار لأنه لما أسلم في دار الحرب تبعه أولاده الصغار لاتحاد الدار وإحراز ما في يده أو وديعة عند من ذكره [٩٣ ب/٢]

الدين اهـ **قوله**: (**فالكل فيء**) أي غنيمة اهـ إتقاني. وكتب ما نصه: لأن تباين الدارين قاطع للعصمة لقوله تعالى: ﴿للفقراء المهاجرين الذين أخرجوا من ديارهم وأموالهم﴾ [الحشر: ٨] أما الزوجة وأولاده الكبار فلعدم التبعية بالبلوغ وأما الأولاد الصغار فلأنهم لما لم يكونوا في يده لتباين الدارين لم يمكن أن يعتبروا مسلمين تبعاً لأبيهم فصاروا فيئاً أيضاً، وكذا الجنين لأنه تابع للأم في الرق والحرية، وكذا وديعته في دار الحرب لأنه حين فارق دار الحرب كان المال مال حربي غير معصوم فلما أسلم في دارنا لم يحرزه فلم تثبت اليد عليها لا حقيقة ولا حكماً فبقي المال غير معصوم فكان فيئاً اهـ إتقاني. **قوله**: (**وما أودعه عند مسلم إلخ**) قيد بالإيداع لأنه إذا كان غصباً في أيديهم يكون فيئاً لعدم النيابة، وعند أبي يوسف ومحمد يجب أن لا يكون فيئاً إلا ما كان غصباً عند حربي وبه قالت الأئمة الثلاثة اهـ كاكي. وقوله: لعدم النيابة قال الإتقاني: لأن يد الغاصب ليست بصحيحة اهـ **قوله**: (**وهو أولاده الكبار**) أي لا زوجته وأولاده الكبار حربيون وكذا ما في بطنها لأنه تبع للأم اهـ

لأنه في يد صحيحة محترمة، **بخلاف ما إذا كان مودعاً عند حربي** على ما ذكرنا في باب الغنائم في حربي أسلم في دار الحرب ولم يخرج إلى دار الإسلام لأن حكم المسألتين واحد إذ الإسلام حصل فيهما في دار الحرب فكل حكم عرف في تلك فهو الحكم في هذه.

قال رحمه الله: (ومن قتل مسلماً خطأ لا ولي له أو حربياً جاءنا بأمان فأسلم **فديته على عاقلته للإمام**) لأنه قتل نفساً معصومة فتتناولها النصوص الواردة في قتل الخطأ، ومعنى قوله: للإمام أن الأخذ له **ليضعه في بيت المال** لأنه نصب ناظراً للمسلمين، وهذا من النظر.

قال رحمه الله: (وفي العمد القتل أو الدية لا العفو) أي **لو قتل عمداً يجب عليه القتل قصاصاً** أو الدية بالصلح ينظر فيه الإمام فأيهما رأى أصلح فعل ولا يجوز العفو مجاناً لأن تصرفه مقيد بالنظر فلا يجوز له إبطال حق المسلمين بغير عوض، **وكذا لو كان المقتول لقيطاً** للإمام أن يقتل القاتل عندهما خلافاً لأبي يوسف هو

قوله: (بخلاف ما إذا كان مودعاً عند حربي) أي لأن يده ليست بمحترمة فكانت فيئاً اهـ **قوله: (فديته على عاقلته للإمام)** أي وعليه الكفارة اهـ هداية. قوله: وعليه الكفارة أي وإنما وجبت الدية والكفارة لأن ذلك حكم قتل المؤمن خطأ بقوله تعالى: ﴿ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله﴾ [النساء:٩٢]، والمستأمن لما أسلم صار من أهل دارنا فصار حكمه حكم سائر المسلمين اهـ إتقاني. **قوله: (ليضعه في بيت المال)** أي لعدم الوارث اهـ وكتب ما نصه: لا أنها تكون ملكاً له اهـ **قوله: (لو قتل عمداً يجب عليه القتل قصاصاً)** قال الإتقاني: أما إذا كان القتل عمداً فالإمام بالخيار إن شاء قتل القاتل، وإن شاء أخذ الدية إذا رضي القاتل بالدية وليس له أن يعفو أما وجوب القصاص فلقوله عليه الصلاة والسلام: «السلطان ولي من لا ولي له» فإذا كان السلطان ولياً كان له ولاية أخذ القصاص، وأما الصلح على الدية فلما روي أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه لما قتل رأى عبيد الله بن عمر هرمزان وفي يده خنجر فظن أنه هو الذي قتل عمر فقتله فلما ولي عثمان ابن عفان قال علي بن أبي طالب لعثمان: اقتل عبيد الله. فقال عثمان: قتل أبوه بالأمس وأنا أقتله اليوم لا أفعل ولكن هذا الرجل من أهل الأرض يعني أن هرمزا كان من أهل الحرب وأنا وليه فأعفو عنه وأؤدي ديته، ولأن الدية أنفع للعامة من القود والحق للعامة والإمام كالنائب عنهم فكان له أن يصالح على الدية، وليس له أن يعفو بغير شيء لأنه اصطناع بالمعروف في حق غيره وليس له ذلك، وإنما ولايته بطريق النظر ولا نظر في إبطال حق الغير بغير شيء اهـ **قوله: (وكذا لو كان المقتول لقيطاً)** قال الإتقاني: وأما إذا كان المقتول لقيطاً فقتله الملتقط أو غيره خطأ تجب الدية ليثبت المال على عاقلة القاتل والكفارة عليه لما

يقول: المولود في دار الإسلام لا يخلو عن الوارث غالباً وهو كالمتحقق أو يحتمل ذلك فكان فيه احتمال عدم الولاية للإمام فكان فيه شبهة والقصاص يسقط بالشبهة، ولهما أن الحق إنما يثبت للولي بطريق قيامه مقام الميت نظراً للميت، والمجهول الذي لا يمكن الوصول إليه لا ينتفع به الميت فلا يصلح ولياً فصار وجوده كعدمه فتنتقل الولاية إلى السلطان أو إلى العامة كما في الإرث ولا يقال: تردد من له الحق يوجب سقوط القصاص كالمكاتب إذا قتل عن وفاء وله وارث غير المولى لأنا نقول: السلطان هنا نائب عن العامة فصار الولي واحداً بخلاف مسألة المكاتب والله أعلم.

باب العشر والخراج والجزية

قال رحمه الله: (أرض العرب وما أسلم أهله أو فتح عنوة وقسم بين الغانمين عشرية) أما أرض العرب فلأنه عليه الصلاة والسلام والخلفاء من بعده **لم يأخذوا الخراج من أرض العرب** ولأنه بمنزلة الفيء فلا يثبت في أرضهم كما لا يثبت في

قلنا: وإذا كان القتل عمداً فإن شاء الإمام قتله وإن شاء الإمام صالحه على الدية عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف: عليه الدية في ماله، ولا أقتله من قبل أني لا أعرف له ولياً وجه قول أبي يوسف: أنه لا يخلو عن ولي كالأب ونحوه إن كان ابن رشدة وكالأم إن كان ابن زنية فاشتبه من له حق القصاص فلا يستوفي ووجه قولهما قوله عليه الصلاة والسلام: «السلطان ولي من لا ولي له»(١) فيكون السلطان وليه لأن اللقيط لا ولي له اهـ

باب العشر والخراج والجزية

قال الكمال: لما ذكر ما يصير به المستأمن ذمياً ذكر ما ينوبه من الوظائف المالية إذا صار ذمياً وذلك هو الخراج في أرضه ورأسه وفي تفارقهما كثرة فأوردهما في بابين وقدَّم خراج الأرض، لأن الكلام فيه كان بقرب قريب ثم ذكر العرفية أيضاً تتميماً لوظيفة الأرض لأنها السبب في الخراج والعشر جميعاً وقدَّم ذكر العشر لأن فيه معنى العبادة والعشر لغة واحد من العشرة والخراج ما يخرج من نماء الأرض أو نماء الغلام، وسمي به ما يأخذه السلطان من وظيفة الأرض والغراس وحدد الأراضي العشرية والخراجية أولاً لأنه حينئذ أضبط فقال اهـ قوله: **(لم يأخذوا الخراج من أرض العرب)** أي والأرض لا تخلو من أحد الحقين فدل على أنها عشرية اهـ إتقاني. قال الإتقاني: قال الشيخ أبو الحسن الكرخي في

---

(١) أخرجه الترمذي في النكاح (١١٠٢)، وأبو داود في النكاح (٢٠٨٣)، وابن ماجه في النكاح (١٨٧٩).

رقابهم، وهذا لأن الخراج من شرطه أن يقر أهلها عليها على الكفر كما في سواد العراق ومشركو العرب لا يقبل منهم إلا الإسلام أو السيف لقول عائشة رضي الله عنها «آخر ما عهد إلينا رسول الله ﷺ أن: قال لا يترك بجزيرة العرب دينان»(١) رواه أحمد، **وحدّها** طولاً ما وراء ريف العراق إلى أقصى صخر باليمن وعرضاً من جدة وما والاها من الساحل إلى حد الشام، وأما ما أسلم أهله عليه أو فتح عنوة وقسم بين الغانمين فلأن الحاجة إلى ابتداء التوظيف على المسلم والعشر أليق به لأن فيه معنى العبادة حتى يصرف مصارف الصدقات ويشترط فيه النية، وأرفق لأنه أخف من الخراج لتعلقه بحقيقة الخارج بخلاف الخراج.

قال رحمه الله: (والسواد ما فتح عنوة وأقر أهلها عليه أو فتح صلحاً خراجية) لأن عمر رضي الله عنه **حين فتح السواد** وضع عليهم الخراج بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم ووضع على مصر حين فتحها عمرو بن العاص، **وأجمعت الصحابة رضي الله عنهم على وضع الخراج على الشام** ولأن الحاجة إلى ابتداء التوظيف على الكافر والخراج أليق به لما فيه من معنى العقوبة والتغليظ حتى يجب عليه بالتمكن من الزراعة، ولا يشترط فيه حقيقة الإخراج وهو أكثر من العشر أيضاً، وفي الجامع الصغير كل أرض فتحت عنوة فوصل إليها ماء الأنهار فهي أرض خراج وما لم يصل إليها ماء الأنهار واستخرج منها عين فهي أرض عشر لأن العشر والخراج معلقان/ بالأرض [٢/١٩٤] النامية ونماؤها بمائها فيعتبر السقي بماء العشر أو بماء الخراج، والمراد بالأنهار الأنهار التي احتفرتها الأعاجم كنهر يزدجرد فتكون المسألة إجماعية لأن الأنهار العظام كسيحون **وجيحون فيها خلاف أبي يوسف** ومحمد، وقد ذكرناه في الزكاة، وكذا

مختصره: أرض العرب كلها أرض عشر وهي أرض الحجاز وتهامة ومكة واليمن والطائف والبرية اهـ قال الكمال: والحجاز هو جزيرة العرب سمي جزيرة لأن بحر الحبش وبحر فارس والفرات أحاطت بها وتسمى حجازاً لأنه حجز بين تهامة ونجد اهـ **قوله: (وحدّها)** أي حد أرض العرب اهـ **قوله: (حين فتح السواد)** أي على يد سعد عنوة اهـ **قوله: (وأجمعت الصحابة رضي الله عنهم على وضع الخراج على الشام)** قال الإتقاني: وكذا وضعه على مصر أي وضع عمر الخراج على مصر حين افتتحت صلحاً على يد عمرو بن العاص، وكذا وضعه على الشام حين افتتح عمر بن الخطاب بيت المقدس ومدن الشام كلها صلحاً دون أراضيها، وأما أرضيها ففتحت عنوة على يد يزيد بن أبي سفيان وشرحبيل بن أبي حسنة وأبي عبيدة ابن الجراح وخالد بن الوليد، فأما أجنادين من الشام فقد افتتح صلحاً في خلافة أبي بكر رضي الله عنه اهـ **قوله: (وجيحون)** أي ودجلة والفرات اهـ **قوله: (فيها خلاف أبي يوسف**

---

(١) أخرجه أحمد في مسنده (٢٥٨٢٠)، ومالك في موطئه (١٦٥١).

مراده في هذا التفصيل في حق المسلم، أما الكافر فيجب عليه الخراج من أي ماء سقى لأن الكافر لا يبتدأ بالعشر فلا يتأتى فيه التفصيل في حالة الابتداء إجماعاً، وإنما الخلاف فيه في حالة البقاء فيما إذا ملك أرضاً عشرية هل يجب عليه الخراج أو العشر أو العشران وقد ذكرناها في الزكاة ولا يقال: إذا وضع الخراج على المسلم باعتبار الماء يكون ابتداء المسلم بالخراج وذلك غير جائز لأنا نقول: ليس هذا بابتداء وضع على المسلم بل الأرض لما لم تنم إلا بالماء اعتبر الماء المأخوذ من العدو **فجعلنا وظيفته** الخراج والمسلم إذا سقى أرضه به فقد التزم الخراج في حالة البقاء ومثله لا يمتنع بالإسلام ألا ترى أنه إذا اشترى الخراجية يؤدي خراجها لما قلنا، وإنما لم يوظف النبي ﷺ على أراضي مكة مع أنها فتحت عنوة وأقر أهلها عليها لأن العرب لا يوضع على أراضيهم الخراج كما لا يوضع على رقابهم الجزية والرق على ما عرف في موضعه، **ثم أرض السواد مملوكة لأهلها عندنا**، وقال الشافعي رحمه الله تعالى: ليست بمملوكة لهم وإنما هي وقف على المسلمين وأهلها مستأجرون لها لأن عمر رضي الله عنه استطاب قلوب الغانمين فآجرها. وقال أبو بكر الرازي: هذا غلط لوجوه أحدها أن عمر لم يستطب قلوبهم فيه بل ناظرهم عليه وشاور الصحابة على وضع الخراج وامتنع بلال وأصحابه فدعا عليهم وأين الاسترضاء. ثانيها: أن أهل الذمة لم يحضروا الغانمين على تلك الأراضي فلو كان إجارة لاشترط حضورهم. ثالثها: أنه لم يوجد في ذلك رضا أهل الذمة ولو كانت إجارة لاشترط رضاهم. ورابعها: أن عقد الإجارة لم يصدر بينهم وبين عمر ولو كانت إجارة لوجب العقد. وخامسها: أن جهالة الأراضي تمنع صحة الإجارة. وسادسها: أن جهالة المدة تمنع من صحتها أيضاً. وسابعها: أن الخراج مؤبد وتأبيد الإجارة باطل. وثامنها: أن الإجارة لا تسقط بالإسلام والخراج يسقط عنده. وتاسعها: أن عمر قد أخذ الخراج من النحل ونحوه ولا يجوز إجارتها. وعاشرها: أن جماعة من الصحابة اشتروها فكيف يبيعون الأرض المستأجرة وكيف يجوز لهم شراؤها.

قال رحمه الله: (ولو أحيا أرضاً مواتاً يعتبر قربه) أي قرب ما أحيا فإن كانت إلى الخراج أقرب فهي خراجية وإن كانت إلى العشر أقرب فهي عشرية وهذا عند أبي

ومحمد) أي فعند محمد عشري وعند أبي يوسف خراجي اهـ قوله: (**فجعلنا وظيفته**) أي وظيفة الماء اهـ من خط الشارح رحمه الله. قوله: (**ثم أرض السواد مملوكة لأهلها عندنا**) أي يجوز بيعهم وتصرفهم فيها بالرهن والهبة لأن الإمام إذا فتح أرضاً عنوة له أن يقر أهلها عليها ويضع عليها الخراج وعلى رؤوسهم الجزية فتبقى الأرض مملوكة لأهلها، وقدمناه من قبل في باب قسمة الغنائم ومذهب مالك والشافعي وأحمد أنها موقوفة على المسلمين

يوسف لأن حيز الشيء يعطى له حكمه كفناء الدار يعطى له حكم الدار **حتى يجوز لصاحبها الانتفاع به**، وكذا لا يجوز إحياء ما قرب من العامر وقال محمد رحمه الله: إن أحياها بماء الخراج كالأنهار التي احتفرتها الأعاجم فهي خراجية وإلا فعشرية لما ذكرنا وهذا التفصيل في حق المسلم، وأما الكافر فيجب عليه الخراج مطلقاً.

قال رحمه الله: (والبصرة عشرية) لإجماع الصحابة على ذلك والقياس أن تكون خراجية لأنها افتتحت عنوة وأقر أهلها عليها من جملة أراضي العراق ولكن ترك ذلك بإجماعهم، وهذا يورد إشكالاً على قول أبي يوسف رحمه الله: حيث لم يعتبر فيها الحيز وليس هذا بظاهر لأنه إنما يعتبر الحيز في الأراضي المحياة لا في المفتوحة عنوة، ثم الخراج على نوعين خراج مقاسمة وهو أن يكون الواجب جزءاً شائعاً من الخارج كالربع والخمس ونحو ذلك، وخراج وظيفة وهو أن يكون الواجب شيئاً في الذمة يتعلق بالتمكن / من الزراعة وهو ما **وضعه عمر رضي الله عنه على سواد العراق** على ما يجيء بيانه. [٩٤ب/٢]

قال رحمه الله: (وخراج جريب صلح للزرع صاع ودرهم وفي جريب الرطبة

فلا يجوز لأهلها هذه التصرفات اهـ كمال رحمه الله. **قوله: (حتى يجوز لصاحبها الانتفاع به)** أي وإن لم يكن الفناء ملكاً له، فلما كان كذلك وجب اعتبار الأرض المحياة بالحيز خراجياً كان أو عشرياً اهـ إتقاني. **قوله: (لإجماع الصحابة على ذلك)** قال الكمال رحمه الله: غير أن أبا يوسف استثنى البصرة من ضابطه فإنها عشرية عنده وإن كانت من حيز أرض الخراج لإجماع الصحابة على جعلها عشرية كما ذكره أبو عمر بن عبد البر وغيره فترك القياس فيها كذلك اهـ **قوله: (وهو ما وضعه عمر رضي الله عنه على سواد العراق)** قال في الهداية: والخراج الذي وضعه عمر على أهل السواد من كل جريب يبلغه الماء قفيز هاشمي وهو الصاع ودرهم ومن جريب الرطبة خمسة دراهم ومن جريب الكرم المتصل والنخل المتصل عشرة دراهم. قال الإتقاني: وهذا لفظ القدوري في مختصره، اعلم أن القفيز الواجب في الخراج مطلق عن قيد الهاشمي والحجاجي في أكثر نسخ الفقه كالكافي للحاكم الشهيد والشامل وشرح الطحاوي وشروح الجامع الصغير للفقيه أبي الليث وفخر الإسلام البزدوي[١] وغير ذلك. وقال الولوالجي في فتاواه: القفيز هو الحجاجي وهو ثمانية أرطال وهو صاع رسول الله ﷺ وإنما نسب إلى الحجاج لأنه أخرجه بعدما فقد وإنه يسع فيه ثمانية أرطال وهي أربعة أمناء وفي قول أبي يوسف خمسة أرطال وثلث رطل، وكذلك قال في خلاصة الفتاوى قلت: هذا هو الصحيح لأن محمداً ذكر في أول كتاب الخراج من

---

(١) هو علي بن محمد بن الحسين البزدوي (فخر الإسلام) فقيه أصولي محدث ولد في حدود سنة (٤٠٠هـ)، وتوفي سنة (٤٨٢هـ). الفوائد البهية (١٢٤).

خمسة دراهم وفي جريب الكرم والنخل المتصل عشرة دراهم) لأنه المنقول عن عمر رضي الله عنه فإنه بعث عثمان بن حنيف وحذيفة بن اليمان فمسحا سواد العراق فبلغت ستة وثلاثين ألف ألف جريب(١) ووضعاه على نحو ما قلنا بمحضر من الصحابة من غير نكير فكان إجماعاً، **ولأن المؤن متفاوتة فيجب على أخفها الأكثر وعلى أشدها** الأقل **وعلى الوسط** الوسط، والجريب ستون ذراعاً في ستين ذراعاً بذراع كسرى وإنه يزيد على ذراع العامة بقبضة وقيل: هذا جريب سواد العراق وفي غيرهم يعتبر على ما هو المتعارف عندهم والصاع أربعة **أمناء** والمن مائتان وستون درهماً ويعطى الدرهم من أجود النقود وذكر في النهاية معزياً إلى فتاوى قاضيخان أن القفيز من الحنطة أو الشعير **بلفظ التخيير**، وقال في الكافي: هو يكون من الحنطة وقال: كذا

الأصل فما كان من أرض الخراج من عامر أو غامر مما يبلغه الماء مما يصلح للزراعة، ففي كل جريب قفيز ودرهم في كل سنة زرع ذلك صاحبه في السنة مرة أو مراراً أو لم يزرعه كله سواء وفي كل سنة قفيز ودرهم في كل جريب زرع والقفيز قفيز الحجاج وهو ربع الهاشمي وهو مثل الصاع الذي كان على عهد رسول الله ﷺ ثمانية أرطال إلى هنا لفظ محمد في الأصل ولأن الحجاج كان يمن على أهل العراق بصاع عمر وصاع عمر هو صاع النبي ﷺ فإذا كان صاع عمر هو الحجاجي الذي هو صاع رسول الله ﷺ فكيف يقدر عمر الخراج بالصاع الهاشمي الذي ليس صاع رسول الله ﷺ، ولهذا قال أبو يوسف في كتاب الخراج تصنيفه: حدثني السري عن الشعبي أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه فرض على الكرم عشرة وعلى الرطبة خمسة وعلى كل أرض يبلغها الماء درهماً ومختوماً قال عامر: هو الحجاجي وهو الصاع إلى هنا لفظ أبي يوسف في كتاب الخراج فعلم أن فيما ذكره صاحب الهداية والنافع مقيداً بالهاشمي نظراً والصاع الهاشمي اثنان وثلاثون رطلاً اهـ ما قاله الإتقاني. قوله: قلت هذا أي ما ذكره الولوالجي من أنه ثمانية أرطال اهـ قوله: قال عامر هو الشعبي اهـ **قوله: (ولأن المؤن متفاوتة)** هي جمع مؤنة يعني أن تفاوت المؤن له أثر في تفاوت الواجب، ألا ترى أن الواجب فيما سقي سيحاً من الأرض العشرية هو العشر وما سقي بغرب أو دالية أو سانية نصف العشر فلما ثبت هذا قلنا: لما كان مؤنة الكرم أخف وريعه أكثر كان الواجب فيه أعلى وهو عشرة دراهم وهذا لأنه يبقى دهراً مديداً مع قلة المؤنة، ومؤنة الزرع أثقل فجعل الواجب فيه أدنى وهو قفيز ودرهم وهذا لأن الزرع يحتاج فيه إلى الكراب وإلقاء البذر والحصاد والدياس ونحو ذلك كل سنة ومؤنة الرطاب بين بين لأنه لا يحتاج إلى إلقاء البذر في كل عام، ولا تذرية فيها أصلاً وتدوم أعواماً لكن ليس كدوام الكرم فكان الواجب فيها بين الأمرين وهو خمسة دراهم اهـ إتقاني. **قوله: (فيجب على أخفها)** أي الكرم اهـ **قوله: (وعلى أشدها)** أي المزارع اهـ **قوله: (وعلى الوسط)** أي الرطاب اهـ **قوله: (أمناء)** جمع مناً لغة في المن اهـ **قوله: (بلفظ التخيير)** أي بأو اهـ **قوله:**

في كتاب العشر والخراج ثم قال: وذكر في موضع آخر ويكون هذا القفيز مما يزرع في تلك الأرض وهو الصحيح وما ليس فيه توظيف عمر رضي الله عنه مما سوى ما ذكرنا كالزعفران **والبستان** يوضع عليه بحسب الطاقة اعتباراً بما وضعه عمر رضي الله عنه، ألا ترى أنه اعتبر الطاقة **حيث قال**: لعلكما حملتما الأرض ما لا تطيق فقالا: لا بل حملناها ما تطيق ولو زدنا لأطاقت قالوا: ونهاية الطاقة أن يبلغ الواجب نصف الخارج ولا يزاد عليه لأن التنصيف عين الإنصاف **لما كان لنا أن نقسم** الكل بين الغانمين ولا يزاد عليه لأن للأكثر حكم الكل.

قال رحمه الله: (**وإن لم تطق ما وظف** نقص بخلاف الزيادة) يعني لا تجوز وإن أطاقت لأن قول عمر رضي الله عنه: لعلكما حملتما الأرض ما لا تطيق وقولهما: لا بل حملناها ما تطيق ولو زدنا لأطاقت يدل على جواز النقصان عند عدم الطاقة وعلى عدم جواز الزيادة عند الطاقة للزيادة لأن مراد عمر رضي الله عنه أن ينقصه عند عدم الطاقة لما وضع فلولا أنه يجوز لما قصد ذلك وأخبراه بأنها تطيق أكثر من ذلك ولم يزد فلو كان جائزاً لزاد ثم الحاصل في هذا أنه لا يجوز الزيادة على ما وظفه عمر رضي الله عنه في سواد العراق لأنه خلاف إجماع الصحابة رضي الله عنهم أجمعين، وما وظفه إمام آخر في أرض فتحها هو كتوظيف عمر رضي الله عنه في العراق لأنه باجتهاد ولا ينقض باجتهاد مثله، **ولو أراد أن يوظف ابتداء على أرض بقدر طاقتها** زيادة

(**والبستان**) أي من أرض الخراج وقالوا: البستان كل أرض يحوطها حائط وفيها نخيل متفرقة وأشجار اهـ إتقاني. **قوله**: (**حيث قال**) أي لحذيفة بن اليمان وعثمان بن حنيف اهـ **قوله**: (**لما كان لنا أن نقسم**) يعني لما ظفرنا عليهم وسعنا أن نسترقهم ونقسم أموالهم فإذا قاطعناهم كان التنصيف عين الإنصاف اهـ كي. **قوله في المتن**: (**وإن لم تطق ما وظف**) قال في المصباح: وظفت عليه العمل توظيفاً قدّرته اهـ **قوله**: (**ولو أراد أن يوظف ابتداء على أرض بقدر طاقتها إلخ**) قال الإتقاني رحمه الله: في شرح الطحاوي أجمعوا على أنها إذا كانت لا تطيق قدر خراجها الموضوع نقص وأخذ منها قدر ما تطيق وذلك لأن المعتبر هو الطاقة بالأثر بيانه فيما قال في خلاصة الفتاوى بقوله: فإن كانت الأرض لا تطيق أن يكون الخراج خمسة دراهم بأن كان الخارج لا يبلغ عشرة دراهم يجوز أن ينتقص حتى يصير الخراج مثل نصف الخارج، أما إذا كانت تطيق ذلك وزيادة فقال الولوالجي في فتاواه: أجمعوا أن الزيادة على وظيفة عمر رضي الله عنه في سواد العراق وفي بلدة وظف الإمام عليها الخراج لا يجوز فأما في بلدة أراد الإمام أن يبتدئها بالتوظيف، قال أبو يوسف: لا يزيد وقال محمد: يزيد وعن أبي حنيفة مثل قول أبي يوسف. وجه قول محمد أن النقصان عند قلة الريع جائز فينبغي أن يجوز زيادة التوظيف عند زيادة الريع ووجه قول أبي يوسف أن عمر

على ما وظفه عمر جاز عند محمد لأنه إنشاء حكم باجتهاد وليس فيه نقض حكم، وعند أبي يوسف لا يجوز وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله لأن خراج التوظيف مقدر شرعاً واتباع الصحابة رضي الله عنهم أجمعين فيه واجب، لأن المقادير لا تعرف إلا توقيفاً والتقدير يمنع الزيادة لأن النقصان يجوز إجماعاً فتعين منع الزيادة لئلا يخلو التقدير عن الفائدة.

قال رحمه اللّه: (ولا خراج إن غلب على أرضه الماء أو انقطع أو **أصاب الزرع آفة**) أما في الفصلين الأولين فلفوات النماء التقديري المعتبر في الخراج وهو التمكن من الزراعة في كل الحول، وكونه نامياً في جميع الحول شرط، وأما الثالث فلأنه إذا وجد الأصل الذي كان التمكن قائماً مقامه سقط الخلف وتعلق الحكم بالأصل فإذا هلك بطل ما تعلق به وصار كالعشر في هذه الحالة فسلم بسلامة الخارج وبطل بهلاكه وعلى هذا لو منعه إنسان من الزراعة لا يجب عليه الخراج لأنه لم يتمكن من الزراعة، والتمكن شرط فيه وقالوا في الاصطلام إنما / يسقط عنه إذا لم يبق من السنة [٩٥ أ/٢] مقدار ما يمكنه أن يزرع الأرض ثانياً، وأما إذا بقي من المدة قدر ذلك فلا يسقط والمراد بالاصطلام أيضاً أن يذهب كل الخارج، أما إذا ذهب بعضه فإن بقي مقدار الخراج ومثله بأن بقي مقدار درهمين وقفيزين يجب الخراج لأنه لا يزيد على نصف الخارج، وإن بقي أقل من ذلك يجب نصفه لأن التنصيف عين الإنصاف على ما مر.

قال رحمه اللّه: (وإن عطلها صاحبها أو أسلم أو اشترى مسلم أرض خراج يجب) أي يجب الخراج في هذه الصور، أما إذا عطلها صاحبها فلأن التمكن كان ثابتاً وهو المعتبر في هذا الباب **فلا يعذر في التقصير** هذا إذا كانت الأرض صالحة

رضي الله عنه لم يزد في التوظيف فلو جاز لزاد، ألا ترى إلى قول حذيفة وعثمان بن حنيف: ولو زدنا لأطاقت. وقال في المختلف في خلاف أبي يوسف مع محمد: لا تجوز الزيادة على الخراج الموظف بتوظيف الإمام وإن أطاقت الأرض وقال محمد: يجوز وهذا يرد دعوى الإجماع من مدعيه اهـ **قوله**: (**جاز عند محمد**) أي وأحمد ومالك والشافعي في قوله اهـ كي. **قوله في المتن**: (**أو أصاب الزرع آفة**) من الحر والبرد أو نحو ذلك اهـ إتقاني. **قوله**: (**فلا يعذر في التقصير**) قال الإتقاني: بخلاف ما إذا عطلها وهو متمكن من الزراعة حيث يكون الخراج ديناً في ذمته لتعلق الخراج بالنماء التقديري حينئذ، ألا ترى أن رجلاً لو استأجر بيتاً أو حانوتاً فعطله المستأجر فعليه الأجر فلو لم يتمكن من الانتفاع بأن غصبه غاصب أو نحو ذلك لا يجب الأجر وذكر أبو الليث هنا سؤالاً وجواباً في شرح الجامع الصغير فقال: فإن قيل: لو استأجر رجل أرضاً يزرعها فاصطلمت الزرع آفة فإنه يجب عليه الأجر قيل: الأجر يجب إلى وقت هلاك الزرع ولا يجب عليه بعد ذلك وليس الأجر بمنزلة

للزراعة والمالك متمكن من الزراعة ولم يزرعها، وأما إذا عجز المالك عن الزراعة

الخراج لأن الخراج وضع على مقدار الخارج إذا صلحت الأرض للزراعة، فإذا لم تخرج الأرض شيئاً جاز إسقاطه والأجر لم يوضع على مقدار الخارج فجاز إيجابه وإن لم يخرج، قال الولوالجي: وخراج الوظيفة والمقاسمة لا يسقط بهلاك الخارج بعد الحصاد لأنه واجب في الذمة بسبب الخارج وقبل الحصاد يسقط لأنه غير واجب في الذمة بخلاف الزكاة لأنها واجبة في المال لا في الذمة اهـ قال قاضيخان في باب الإجارة: رجل استأجر أرضاً ليزرعها فأصاب الزرع آفة فهلك أو غرق ولم ينبت كان عليه الأجر كأنه قد زرع، ولو غرقت الأرض قبل أن يزرعها فلا شيء عليه، وكذا لو غصبها رجل وزرعها لا أجر على المستأجر ولو كانت في يد المستأجر فلم يزرعها حتى مضت السنة كان عليه الأجر، وكذا لو زرع البعض ولم يزرع البعض اهـ قال في المبسوط: وإن زرعها فأصاب الزرع آفة فذهب لم يؤخذ الخراج منه لأنه مصاب فيستحق المعونة وإن أخذناه بالخراج كان فيه استئصال ومما حمد من سير الأكاسرة أنهم كانوا إذا اصطلم الزرع آفة يردون على الدهاقين من خزائنهم ما أنفقوا في الأرض ويقولون: التاجر شريك في الخسران كما هو شريك في الربح فإن لم نرد عليه شيئاً فلا أقل من أن لا يؤخذ منه الخراج وهذا بخلاف الأجر فإنه يجب بقدر ما كانت الأرض مشغولة بالزرع لأن الأجر عوض المنفعة فبقدر ما استوفى من المنفعة يصير الأجر ديناً في ذمته فأما الخراج فإنه صلة واجبة باعتبار ريع الأرض فلا يمكن إيجابها بعد ما اصطلم الزرع آفة لأنه ظهر أنه لم يتمكن من استغلال الأرض بخلاف ما إذا عطلها اهـ قال في الخلاصة في كتاب الإجارات: وفي المزارعة الصغيرة رجل استأجر أرضاً ليزرعها فزرعها فأصابت الزرع آفة فهلك أو غرقت الأرض ولم تنبت فعليه الأجر ولو غرقت قبل أن يزرعها فلا أجر عليه، قال في المحيط: والفتوى على أنه لا أجر على المستأجر فيما بقي من المدة بعد هلاك الزرع إلا إذا تمكن من إعادة زرع مثله أو دونه في الضرر بالأرض، وكذا لو منعها غاصب لأن في المسألة الأولى يمكنه أن يزرع آخر وإن غرقت قبل ذلك لا يمكنه أن يزرع ولو قبض الأرض ولم يزرعها حتى مضت السنة يجب عليه تمام الأجر اهـ قال الولوالجي في كتاب الإجارة في الفصل الأول: رجل استأجر أرضاً ليزرعها فزرعها فأصاب الزرع آفة فهلك أو غرق فلم ينبت فعليه الأجر تاماً لأنه قد زرع، هكذا في واقعات الناطفي ولو غرقت قبل أن يزرعها فلا أجر عليه لأنه لم يتمكن من الانتفاع اهـ ثم قال الولوالجي بعد هذا ما نصه: إذا استأجر أرضاً للزراعة سنة ثم اصطلم الزرع آفة قبل مضي السنة فما وجب من الأجر قبل الاصطلام لا يسقط وما وجب بعد الاصطلام يسقط لأن الأجر إنما يجب بإزاء المنفعة شيئاً فشيئاً فما استوفى من المنفعة وجب عليه الأجر، وما لم يستوف انفسخ العقد في حقه فيسقط الأجر فرق بين هذا وبين الخراج فإنه إذا زرع أرضاً خراجية فأصاب الزرع آفة فذهب لم يؤخذ الخراج لأنه لم يسلم له النماء حقيقة ولا اعتباراً لأن الفوات ما كان من جهته

باعتبار قوته وأسبابه فللإمام أن يدفعها إلى غيره مزارعة ويأخذ الخراج من نصيب المالك ويمسك الباقي له وإن شاء آجرها وأخذ الخراج من أجرتها، وإن شاء زرعها بنفقة من بيت المال وأخذ الخراج من نصيب صاحب الأرض، وإن لم يتمكن من ذلك ولم يجد من يقبل ذلك باعها وأخذ من ثمنها الخراج، وقال في النهاية: هذا بلا خلاف لأنه إلحاق الضرر بالواحد لأجل العامة، وعن أبي يوسف أنه يدفع إلى العاجز كفايته من بيت المال قرضاً ليعمل فيها **ولو انتقل إلى أخس مما كان يزرعها من غير عذر فعليه خراج الأعلى** لأنه هو الذي ضيع الزيادة، وهذا يعرف ولا يفتى به كيلا يتجرأ الظلمة على أخذ أموال الناس بالدعاوى الباطلة بأن يقول: كانت هذه الأرض قبل هذا كيت وكيت لشيء هو أحسن مما فيها فنسدّ هذا حتى لا ينفتح لهم باب الظلم، وأما إذا أسلم صاحب الأرض الخراجية فلأن الخراج فيه معنى المؤنة ومعنى العقوبة **فيعتبر مؤنة في حالة البقاء فيبقى على المسلم** وعقوبة في الابتداء فلا يبتدأ المسلم به، ولأن الخراج من أثر الكفر فجاز بقاؤه على المسلم كالرق بخلاف الجزية لأن الرأس لا مؤنة فيه فيسقط والأرض لا تخلو عن مؤنة فلو سقط الخراج لاحتجنا إلى إيجاب شيء آخر من المؤن، ولأن في الجزية صغاراً أيضاً فلا تبقى بعد الإسلام بخلاف الخراج وقد روي أن جماعة من الصحابة رضي الله عنهم اشتروا **الأرض الخراج** وأدوا خراجها فدل على بقائه على المسلم وجواز شرائه وأدائه من غير كراهة، وأما إذا اشترى المسلم أرض الخراج فلما بينا ثم إن بقي من السنة مقدار ما يتمكن المشتري من الزراعة فالخراج عليه وإلا فعلى البائع.

حتى يصير سالماً اعتباراً فكان سبب وجوب الخراج ملك أرض نامية حولاً كاملاً، إما حقيقة أو اعتباراً فإذا فات النماء في مدة الحول ظهر أن الخراج لم يكن واجباً وقد ذكرنا قبل هذا على خلاف هذا، والاعتماد على هذه الرواية اهـ ما قاله الولوالجي. **قوله: (ولو انتقل إلى أخس مما كان يزرعها من غير عذر)** أي كمن له أرض الزعفران فتركها وزرع الحبوب فعليه خراج الزعفران، وكذا لو كان له كرم فقلع وزرع الحبوب فعليه خراج الكرم اهـ كاكي. **قوله: (فعليه خراج الأعلى)** قال الولوالجي في فتاواه: ولو غرس حربي من أرضه كرماً فلم يطعم سنين كان عليه كل سنة قفيز ودرهم لأن وظيفة هذه الأرض قبل الغرس قفيز ودرهم في كل جريب فتبقى كذلك ما لم يؤخذ منه خراج الكرم، وإن أدركت خارجاً يبلغ قيمته عشرين درهماً فصاعداً أخذ منه عشرة دراهم لأنه صار كرماً صورة ومعنى اهـ إتقاني. **قوله: (فيعتبر مؤنة في حالة البقاء)** قال الإتقاني: اعلم أن الأرض الخراجية تبقى على حالها خراجية بعد إسلام صاحبها ولا تتغير إلى العشر لأن عمر رضي الله عنه وضع على أهل السواد الخراج ثم أسلموا فبقي الخراج كما كان اهـ **قوله: (فيبقى على المسلم)** أي لأنه أهل

قال رحمه الله: (ولا عشر في خارج أرض الخراج) وقال الشافعي رحمه الله: يجب فيه العشر مع الخراج لأنهما حقان مختلفان ذاتاً ومحلاً وسبباً ومصرفاً فإن الخراج مؤنة فيها معنى العقوبة والعشر مؤنة فيها معنى العبادة والخراج يجب في الذمة والعشر في الخارج ويجب الخراج بالتمكن والعشر بحقيقة الخارج ويصرف الخراج في مصالح المسلمين والعشر للفقراء فوجوب أحدهما لا ينافي الآخر، ولنا قوله عليه الصلاة والسلام: «لا يجتمع عشر وخراج في أرض مسلم» ولأن أحداً من أئمة العدل والجور لم يجمع بينهما فصار إجماعاً عملاً وكفى بهم قدوة ولأن الخراج يجب في أرض فتحت عنوة وقهراً وأقر أهلها عليها والعشر في أرض أسلم أهلها عليها طوعاً أو قسمت بين الغانمين والوصفان لا يجتمعان في أرض واحدة وسبب الحقين واحد وهي الأرض النامية إلا أنه يعتبر في العشر تحقيقاً وفي الخراج تقديراً، ولهذا يضافان إلى الأرض والإضافة تدل على الاختصاص وهو بالسببية وكل واحد منهما مؤنة أرض نامية، ولا يجتمع / وظيفتان بسبب أرض واحدة وعلى هذا الخلاف الزكاة [٩٥ ب/٢] مع العشر أو الخراج حتى لو اشترى أرضاً عشرية أو خراجية للتجارة ففيها العشر أو الخراج دون زكاة التجارة عندنا، وعنده تجب الزكاة مع أحدهما ومحمد رحمه الله معه فيه لاختلاف محلهما لأن العشر محله الخارج، وكذا الخراج لكن في أحدهما حقيقة وفي الآخر تقديراً والزكاة محلها مال التجارة وهي الأرض فلا تنافي بينهما كدين ثمن الأرض معهما بخلاف العشر والخراج لأن محلهما واحد على ما بينا، قلنا: إن العشر والخراج مؤنة الأرض النامية، ولهذا يضافان إليها، وكذا الزكاة وظيفة المال النامي وكذا العشر والخراج واحد وهو الأرض النامية وكل واحد منهما يجب حقاً لله تعالى فلايجب بسبب ملك مال واحد حقان لله تعالى كما لا تجب زكاة السائمة وزكاة التجارة باعتبار مال واحد فصار كالعشر والخراج بخلاف دين ثمن الأرض مع أحدهما، لأن الدين يجب للعبد والعشر والخراج لله تعالى فلا يتنافيان بل يجتمعان وإن كانا بسبب ملك مال واحد ثم إذا ثبت أنهما لايجتمعان كان العشر أو الخراج أولى من الزكاة بالوجوب لأنهما صارا وظيفة لازمة لها ولا يسقطان بعذر الصبا والجنون والرق وهما أسبق وجوباً من الزكاة فتترك على حالها، ثم الخراج لا يتكرر بتكرر الخارج في سنة لأن عمر رضي الله عنه لم يوظفه مكرراً **بخلاف العشر لأنه لا يتحقق** كونه عشراً إلا بوجوبه في كل الخارج والله أعلم.

لالتزام المؤنة اهـ **قوله: (الأرض الخراج)** كذا بخط الشارح اهـ **قوله: (بخلاف العشر لأنه لا يتحقق إلخ)** قال الحاكم في الكافي: ولا يؤخذ خراج الأرض في السنة إلا مرة، وإن أغلها

فصل في الجزية

قال رحمه الله: (الجزية لو وضعت بتراض وصلح لا يعدل عنها) لأنها تتقرر بحسب ما يقع عليه الاتفاق كما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال: «صالح رسول الله ﷺ أهل **نجران** على ألفي **حلة** النصف في صفر والنصف في رجب يؤدونهما وعارية ثلاثين درعاً وثلاثين فرساً وثلاثين بعيراً وثلاثين من كل صنف من أصناف السلاح يغزون بها والمسلمون ضامنون لها حتى يردوها عليهم»[1] الحديث رواه أبو داود وكانوا نصارى وهم أول من أعطى الجزية من أهل الكتاب وعن عمر بن عبد العزيز «أن النبيَّ ﷺ كتب إلى أهل اليمن إن على كل إنسان منكم ديناراً كل سنة أو قيمته من **المعافر**»[2] رواه الشافعي في مسنده.

قال رحمه الله: (وإلا يوضع على الفقير المعتمل في كل سنة اثنا عشر درهماً وعلى وسط الحال ضعفه وعلى المكثر ضعفه) يعني **إذا لم توضع بالتراضي** بل وضعت بالقهر بأن غلب الإمام على الكفار وأقرهم على أملاكهم فيوضع على الفقير المعتمل في مثل هذه الحالة اثنا عشر درهماً يؤخذ منه في كل شهر درهم، **وعلى المتوسط**

صاحبها مرات والقدوة في هذا الباب عمر رضي الله عنه لأنه لم يوجب الخراج مكرراً وينبغي أن يكون هذا في الخراج الموظف لأن خراج المقاسمة حكمه حكم العشر ويكون ذلك في الخارج قال في شرح الطحاوي: فلما كان حكمه حكم العشر والعشر يجب في كل خارج فكذلك خراج المقاسمة اهـ إتقاني. (فصل) لما فرغ عن ذكر خراج الأرض شرع في خراج الرؤوس وهو الجزية وقدَّم خراج الأرض لقوَّته لأنه يجب في أرض الكفار إذا فتحت أسلموا أو لم يسلموا وخراج الرأس لا يجب بعد الإسلام أو لأنه ذكر في الباب المتقدم العشر والخراج والعشر مقدم على خراج الرأس لأن فيه معنى القربة، وهو أيضاً مما يبتدأ به على المسلم فقدم خراج الأرض أيضاً لأن سببهما واحد وهو الأرض النامية اهـ إتقاني. **قوله: (نجران)** قال الإتقاني: ونجران بلاد أهلها نصارى كذا في الصحاح والمغرب اهـ وفي المصباح ونجران بلدة من بلاد همدان من اليمن قال البكري سميت باسم بانيها نجران إن زيد بن يشجب بن يعرب بن قحطان اهـ **قوله: (حلة)** والحلة إزار ورداء كذا قالوا اهـ إتقاني. **قوله: (المعافر)** قال في المغرب: ثوب معافري منسوب إلى معافر بن مر وعليه حديث معاذ أو عدله معافر أي مثله برداً من هذا الجنس ومعافير بزيادة الياء ومعافري بالضم ومعافري غير منون كله لحن اهـ **قوله: (إذا لم توضع بالتراضي)** قال الكمال: ويستحب للإمام

---

(١) أخرجه أبو داود في الخراج والإمارة والفيء (٣٠٤١) وانفرد به.

(٢) أخرجه الترمذي في الزكاة (٦٢٣)، والنسائي في الزكاة (٣٤٥١)، وأبو داود في الزكاة (٥٧٦)، وابن ماجه في الزكاة (١٨٠٣)، وأحمد في مسنده (٢١٥٣٢).

أربعة وعشرون درهماً يؤخذ منه في كل شهر درهمان وعلى المكثر وهو الغني الظاهر الغنى ثمانية وأربعون درهماً يؤخذ منه في كل شهر أربعة دراهم نقل ذلك عن عمر وعثمان وعلي والصحابة متوافرون ولم ينكر عليهم أحد منهم فصار إجماعاً. وقال الشافعي رحمه الله: يضع الإمام على كل **حالم** ديناراً لما روينا. قلنا: كان ذلك بالصلح ولفظه يدل عليه فإنه قال: إن على كل إنسان منهم ديناراً ولم يجب على الكل إلا بالتراضي والصلح، وأما الجزية التي يضعها الإمام ابتداء فليس له أن يضع إلا على الرجال والذي يدل على ذلك ما روي عنه عليه الصلاة والسلام أنه **قال لمعاذ: «خذ من كل حالم وحالمة ديناراً»**(١) وهذا تصريح بأنها كانت بالصلح لأن الحالمة لا

أن يماكسهم حتى يأخذ من المتوسط دينارين ومن الغني أربعة دنانير اهـ **قوله: (وعلى المتوسط أربعة وعشرون درهماً)** قال الإتقاني: ثم تفاوت مقدار الجزية على حسب تفاوت الطبقات مذهبنا وقال مالك: الجزية أربعة دنانير على أهل الذهب وأربعون درهماً على أهل الورق وقد روي ذلك عن عمر رضي الله عنه كذا قال فخر الإسلام: وعند الشافعي دينار أو اثنا عشر درهماً يستوي في ذلك الغني والفقير له ما روى صاحب السنن عن معاذ رضي الله عنه أن النبي ﷺ لما ولاه اليمن «أمره أن يأخذ من كل حالم يعني محتلم ديناراً أو عدله من المعافري»، ولنا ما روى أصحابنا في كتبهم عن عبد الرحمن بن أبي ليلى عن الحكم أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه وجه حذيفة بن اليمان وعثمان بن حنيف إلى السواد فمسحا أرضها ووضعا عليها الخراج وجعلا الناس ثلاث طبقات على ما قلنا فلما رجعا إلى عمر أخبراه بذلك وكان ذلك بحضرة الصحابة من غير نكير فحل محل الإجماع ثم بعد ذلك عمل عثمان كذلك ثم علي كذلك، ولا يقال: إنه كان بالتراضي والصلح ولا كلام لنا فيه وكلامنا إذا وظف عليهم بغير رضاهم لأنا نقول لا نسلم لأن السواد فتح عنوة لا صلحاً والمعقول أن الجزية حق يبتدأ به الكافر فوجب فيه التفاوت كما في خراج الأرض والجواب عن حديث الشافعي فنقول: ذلك ليس بحجة علينا لأن أهل اليمن كانوا أهل فاقة فعلى المعسر عندنا اثنا عشر درهماً وديناره في ذلك الوقت كان اثني عشر درهماً يدل على ذلك ما روى البخاري في الصحيح عن ابن عيينة عن ابن أبي نجيح قلت لمجاهد: ما شأن أهل الشام عليهم أربعة دنانير وأهل اليمن عليهم دينار قال: جعل ذلك من قبل اليسار قلت: هذا هو الوجه الصحيح في معنى معاذ وقد قال بعض أصحابنا: هو محمول على ما وقع الصلح عليه اهـ **قوله: (حالم)** أي بالغ ولا فرق بين الغني والفقير اهـ وكتب ما نصه: يعني محتلم اهـ **قوله: (قال لمعاذ خذ من كل حالم وحالمة ديناراً)** أي أو عدله معافر اهـ هداية.

---

(١) أخرجه الترمذي في الزكاة (٦٢٣)، وأبو داود في الزكاة (١٥٧٦)، وأحمد في مسنده (٢١٥٠٨).

يؤخذ منها إلا به ولأنها وجبت **نصرة** على المقاتلة فتجب على التفاوت بمنزلة خراج الأرض وهذا لأن نصر الدين واجب بالنفس **والمال ونفسه لا تصلح**، بخلاف المال فيجب على التفاوت أو نقول / : إنها بدل عن النصرة بهما والنصرة بهما تتفاوت بقوة [٢/١٠٩٦] النفس **وكثرة الوفر** فالفقير ينصر راجلاً والمتوسط راكباً والفائق يركب ويركب غلامه فكذا بدله ثم ذكر في المبسوط أن الفائق في الغنى هو صاحب المال الكثير الذي لا يحتاج إلى العمل ولا يمكن أن يقدر بشيء في المال بتقدير فإن ذلك يختلف باختلاف البلدان والأعصار ففي العراق من يملك خمسين ألفاً يعد وسط الحال وفي ديارنا من يملك عشرة آلاف يعد غنياً فيجعل ذلك موكولاً إلى رأي الإمام والمتوسط الذي له مال لكنه لا يستغني بماله عن الكسب، **والفقير المعتمل** هو الذي يكسب أكثر من حاجته وذكر في النهاية معزياً إلى الإيضاح لو مرض الذمي السنة كلها فلم يقدر أن يعمل وهو موسر لا يجب عليه خراج رأسه لما ذكرنا أنه يجب على الصحيح المعتمل، وكذا لو مرض أكثرها إقامة للأكثر مقام الكل، وكذا لو مرض نصف السنة ترجيحاً لجانب الإسقاط في العقوبة ذكره في الاختيار.

قال رحمه الله: (**وتوضع على كتابي** ومجوسي ووثني عجمي) لقوله تعالى: ﴿من الذين أوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية عن يد﴾ [التوبة: ٢٩] ووضع عليه الصلاة والسلام الجزية على المجوس «وروي عن عمر رضي الله عنه أنه لم يأخذ

والعدل بالفتح المثل من خلاف الجنس وبالكسر المثل من الجنس والمعافر ثوب منسوب إلى معافر بن مر ثم صار اسماً للثوب بغير نسبة كما ذكر في المغرب اهـ كاكي. وكتب ما نصه: قال الكاكي: وحديث معاذ منقطع ذكره البيهقي اهـ **قوله**: (**ولأنها وجبت نصرة**) أي خلفاً عن النصرة التي فاتت بالإصرار على الكفر لأن من هو في دار الإسلام فعليه القيام بنصره اهـ دراية. **قوله**: (**والمال ونفسه لا يصلح**) أي لميلهم إلى أهل الدار المعادية فيشوِّشون علينا في الحرب فيؤخذ منهم المال أي الجزية خلفاً عن النصرة بالنفس والمال، ولهذا صرفت إلى المقاتلة دون الفقراء وضربت على الصالحين للقتال الذين يلزمهم القتال إذا كانوا مسلمين فتختلف باختلاف حالهم في الفقر والغنى اعتباراً بأصل النصرة اهـ كاكي. **قوله**: (**وكثرة الوفر**) قال الإتقاني: والوفر في اللغة المال الكثير وأراد هنا مطلق المال فلو قال بكثرة المال كان أولى اهـ **قوله**: (**والفقير المعتمل**) قال الإتقاني: والمعتمل الذي يقدر على العمل وإن لم يحسن حرفة اهـ قال الكمال: والمعتمل المكتسب والاعتمال الاضطراب في العمل وهو الاكتساب وقيد بالاعتمال لأنه لو كان مريضاً في نصف السنة فصاعداً لا يجب عليه شيء، أما لو لم يعمل وهو قادر فعليه الجزية كمن عطل الأرض اهـ **قوله في المتن**: (**وتوضع على كتابي**) أما أهل الكتاب فجائز ضرب الجزية عليهم مطلقاً سواء كانوا من العرب أو من

الجزية من المجوس حتى شهد عبد الرحمن بن عوف «أن النبي ﷺ أخذها من مجوس هجر»[(١)] رواه أحمد والبخاري وجماعة أخر. وروي أن عمر ذكر المجوس فقال: **ما أدري كيف أصنع في أمرهم فقال له عبد الرحمن** بن عوف: أشهد أني سمعت رسول الله ﷺ يقول: «سنوا بهم سنة أهل الكتاب»[(٢)] رواه الشافعي رحمه الله وهو دليل على أنهم ليسوا من أهل الكتاب .وعن المغيرة بن شعبة رضي الله عنه أنه قال لعامل كسرى: «أمرنا نبينا ﷺ أن نقاتلكم حتى تعبدوا الله تعالى وحده لا شريك له أو تؤدوا الجزية»[(٣)] رواه أحمد والبخاري. وكانوا عبدة الأوثان **وفيه خلاف الشافعي** والحجة عليه ما ذكرنا **ولأنه يجوز استرقاقهم** فكذا وضع الجزية عليهم لأنه استرقاق معنى إذ به يلحقه الصغار والذل **ويؤدي كسبه للمسلمين ونفقته** في كسبه وأي رق يكون أعظم من ذلك.

قال رحمه اللّه: **(لا عربي ومرتد)** أي **لا توضع الجزية على عبدة الأوثان من العرب**

العجم فلأجل هذا ذكر أهل الكتاب مطلقاً حتى يشمل الفريقين اهـ إتقاني. **قوله: (فقال: ما أدري كيف أصنع في أمرهم فقال له عبد الرحمن إلخ)** قال أبو يوسف في كتاب الخراج: حدثنا بعض الشيخة عن جعفر بن محمد عن أبيه قال: ذكر لعمر بن الخطاب قوم يعبدون النيران ليسوا يهود ولا نصارى ولا أهل كتاب فقال عمر: ما أدري ما أصنع بهؤلاء فقام عبد الرحمن بن عوف فقال: أشهد على رسول الله ﷺ أنه قال: «سنوا بهم سنة أهل الكتاب» إلى هنا لفظ أبي يوسف في كتاب الخراج اهـ إتقاني. قال في السنن: قال ابن عباس: فأخذ الناس بقول عبد الرحمن بن عوف يعني في قبول الجزية من المجوس اهـ إتقاني. **قوله: (وفيه خلاف الشافعي)** ذهب الشافعي رحمه الله إلى أن الجزية لا توضع على عبدة الأوثان من العجم كما لا توضع على عبدة الأوثان من العرب اهـ وكتب ما نصه: هو يقول: إن القتال واجب لقوله تعالى: ﴿وقاتلوهم﴾ [الأنفال:٣٩]، إلا أنا عرفنا جواز تركه في حق أهل الكتاب بالكتاب، وفي حق المجوس بالخبر فبقي ما وراءهم على الأصل اهـ هداية. **قوله: (ولأنه يجوز استرقاقهم)** أي عبدة الأوثان من العجم اهـ **قوله: (فكذا وضع الجزية عليهم)** أي كالكتابي اهـ **قوله: (ويؤدي كسبه للمسلمين ونفقته)** أي وإن ظهر عليهم أي على أهل الكتاب والمجوس وعبدة الأوثان من العجم قبل ذلك أي قبل وضع الجزية فهم فيء وللإمام الخيار بين الاسترقاق وضرب الجزية اهـ كاكي. **قوله في المتن: (لا عربي ومرتد)** أي سواء

---

(١) أخرجه البخاري في الجزية والموادعة (٣١٥٧)، والترمذي في السير (١٥٨٦)، وأبو داود في الخراج والإمارة والفيء (٣٠٤٣)، وأحمد في مسنده (١٦٦٠)، والدارمي في السير (٢٥٠١).

(٢) أخرجه مالك في موطئه الزكاة (٦١٧).

(٣) أخرجه البخاري في الجزية والموادعة (٣١٦٠).

ولا على المرتد لتغلظ كفرهما، أما مشركو العرب فلأنه عليه الصلاة والسلام نشأ بين أظهرهم والقرآن نزل بلغتهم والمعجزة في حقهم أظهر لأنهم كانوا أعرف بمعانيه وبوجوه الفصاحة فغلظ عليهم قال الله تعالى: ﴿**تقاتلونهم أو يسلمون**﴾ [الفتح: ١٦]، وأما المرتد فلأنه كفر بربه بعدما رأى محاسن الإسلام وبعد ما هدي إليه فلا **يقبل** من الفريقين إلا الإسلام أو السيف زيادة في العقوبة في حقهم **وإذا ظهر عليهم** فنساؤهم وذراريهم فيء لأنه عليه الصلاة والسلام كان يسترق ذراري مشركي العرب وأبو بكر استرق نساء بني حنيفة وصبيانهم **وكانوا مرتدين** ومن لم يسلم من رجالهم من الفريقين قتل ولم يسترق لما ذكرنا وكفر المرتد أغلظ من مشركي العرب، **ولهذا تجبر نساء المرتدين** وذراريهم على الإسلام ولا تجبر نساء عبدة الأوثان من العرب وذراريهم على الإسلام.

قال رحمه الله: (وصبي وامرأة وعبد **ومكاتب** وزمن **وأعمى وفقير** غير معتمل **وراهب لا يخالط**) أي لا توضع على هؤلاء الجزية لأنها خلف عن النصرة وعقوبة ولا تجب عليهم النصرة بالقتال ولو أدرك الصبي أو أفاق المجنون أو عتق العبد أو برأ

كان من العجم أو العرب ولا خلاف في المرتد اهـ كاكي. **قوله: (لا توضع الجزية على عبدة الأوثان من العرب)** قيد عبدة الأوثان من العرب لما أن الجزية توضع على أهل الكتاب منهم ذكره في جامعي فخر الإسلام وشمس الأئمة لأن قوله تعالى: ﴿حتى يعطوا الجزية﴾ [التوبة: ٢٩] لم يفصل اهـ كي. قوله: (**تقاتلونهم أو تسلمون**) أي إلى أن يسلموا والآية في عبدة الأوثان من العرب اهـ كي. **قوله: (وإذا ظهر عليهم)** أي على مشركي العرب والمرتدين اهـ كي. **قوله: (وكانوا مرتدين)** أي وقسمهم بين الغانمين حتى وقع في سهم عليّ الحنفية فولد منها محمد بن الحنفية اهـ كاكي. **قوله: (ولهذا تجبر نساء المرتدين إلخ)** قال الإتقاني: قالوا: إن نساء المرتدين وصبيانهم يجبرون على الإسلام وتفسيره الحبس ثلاثة أيام أو إلى الإسلام وسيجيء في باب المرتدين أما صبيانهم فإنما يجبرون تبعاً لآبائهم حيث تجبر آباؤهم وأما نساؤهم فإنما يجبرن لسبق الإسلام منهن بخلاف نساء مشركي العرب وصبيانهم لأنهم لا جبر على آبائهم فكذا على صبيانهم، وكذا على نسائهم لأنه لم يسبق منهن الإسلام اهـ **قوله في المتن: (ومكاتب)** أي ومدبر وأم ولد اهـ هداية. **قوله في المتن: (وأعمى وفقير)** أي وكذا المفلوج والشيخ الكبير لما بينا وعن أبي يوسف أنه يجب إذا كان له مال لأنه يقتل في الجملة إذا كان له رأي اهـ هداية. **قوله في المتن: (وراهب لا يخالط)** قال في الهداية: ولا توضع على الرهبان الذين لا يخالطون الناس كذا ذكره هنا، وذكر محمد رحمه الله عن أبي حنيفة رحمه الله أنه يوضع عليهم إذا كانوا يقدرون على العمل وهو قول أبي يوسف ووجه الوضع عليهم أن القدرة على العمل هو الذي ضيعها

المريض قبل وضع الإمام الجزية وضع عليهم، وبعد وضع الجزية لا توضع عليهم لأن المعتبر أهليتهم وقت الوضع إذ الإمام يخرج في تعرف حالهم فيضع على من هو أهل / في ذلك الوقت وإلا فلا بخلاف الفقير إذا أيسر بعد الوضع حيث يوضع عليه لأنه أهل للجزية، وإنما سقطت عنه لعجزه وقد زال. ذكره في الاختيار. [٩٦ ب/٢]

قال رحمه الله: (وتسقط بالإسلام والموت) أي الجزية، **وقال الشافعي: لا تسقط بهما** بعد مضي السنة **لأنها استقرت في ذمته بدلاً عن العصمة أو عن السكنى وقد وصل إليه المعوّض** فلا يسقط عنه العوض كما في الأجرة **والصلح عن دم العمد حيث لا يسقطان بالإسلام** ولا بالموت، ولنا أنها وجبت عقوبة على الكفر **أو بدلاً عن النصرة** ولا تبقى العقوبة على الكفر بعد الإسلام ولا يقيمها بعد الموت وقد قدر بالإسلام على النصرة ببدنه فلا يجب عوضها وبالموت عجز عن الإسلام فلا يجب الخلف إذ شرطه تصور الأصل **والعصمة** تثبت بكونه آدمياً على ما بينا، وهو يسكن ملك نفسه فلا

فصار كتعطيل الأرض الخراجية ووجه الوضع عنهم أنه لا قتل عليهم إذا كانوا لا يخالطون الناس والجزية في حقهم لإسقاط القتل اهـ **قوله**: (**وقال الشافعي: لا تسقط بهما إلخ**) وهكذا الخلاف لو عمي أو صار مقعداً أو زمناً أو شيخاً كبيراً لا يستطيع العمل أو صار فقيراً لا يقدر على شيء وبقي من الجزية عليه شيء يسقط عندنا خلافاً لهم اهـ دراية. **قوله**: (**لأنها استقرت في ذمته بدلاً عن العصمة**) أي التي تثبت للذمي بعقد الذمة كما هو قول للشافعي اهـ فتح. **قوله**: (**أو عن السكنى**) أي في دار الإسلام كما هو قول له آخر اهـ فتح. **قوله**: (**وقد وصل إليه المعوض**) أي وهو حقن دمه وسكناه إلى الموت أو إلى الإسلام اهـ **قوله**: (**والصلح عن دم العمد**) أي فيما لو قتل رجلاً عمداً فصالح على مال ثم مات قبل أدائه اهـ فتح. **قوله**: (**حيث لا يسقطان بالإسلام**) يعني إن كانت الجزية بدلاً عن السكنى تكون في معنى الأجرة فلا تسقط بالموت والإسلام كالأجرة وإن كانت بدلاً عن العصمة تكون في معنى بدل الصلح عن الدم وذلك لا يسقط بالإسلام والموت اهـ **قوله**: (**أو بدلاً عن النصرة**) فإن قلت: لا نسلم أن الجزية بدل عن النصرة ألا ترى أن الإمام لو استعان بأهل الذمة سنة فقاتلوا معه لا تسقط عنهم جزية تلك السنة فلو كانت بدلاً لسقطت قلت: إنما لم تسقط لأنه يلزم حينئذ تغير المشروع وليس للإمام ذلك وهذا لأن الشرع جعل طريق النصرة في حق الذمي المال دون النفس فإن قلت: الجزية حق مالي وجب على الكافر على كفره فوجب أن لا يسقط بالإسلام كخراج الأرض قلت: خراج الرأس فيه صغار بالنص، ولهذا لا يوضع على المسلم أصلاً بخلاف خراج الأرض فإنه ليس فيه صغار، ولهذا يؤخذ في أرض خراجية للمسلم فافترقا اهـ إتقاني رحمه الله. **قوله**: (**والعصمة إلخ**) جواب عن قوله: وجبت بدلاً عن العصمة أو السكنى بيانه أن الآدمي خلق معصوماً محقون الدم لكونه مكلفاً لأنه لا يتأتى له القيام بأمور التكليف إلا بكونه معصوماً وإنما بطلت عصمته بعارض الكفر ثم لما

معنى لإيجاب بدلهما ولا يرد علينا الرق حيث يبقى بعد الإسلام لأنه في حالة البقاء ليس بعقوبة وإنما هو من الأمور الحكمية حتى يسري إلى الولد تبعاً بخلاف الجزية.

قال رحمه الله: (والتكرار) أي تسقط بالتكرار ومعناه إذا لم تؤخذ منه الجزية حتى حال عليه حولان، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد: لا تسقط وتؤخذ منه جزية سنتين وهو قول الشافعي رحمه الله **لأنها عوض والأعواض لا تسقط** بمضي الزمان فصار كخراج الأرض **بخلاف ما إذا أسلم على قولهما**، لأنه بعد

أسلم عادت العصمة فصارت العصمة بدلاً بقبول الجزية والذمي يملك موضع السكنى بشراء أو غيره من أسباب الملك فلا يجوز إيجاب البدل عليه لسكناه في موضع مملوك له فلو كانت الجزية أجرة كان وجوبها بالإجارة لا محالة، والإجارة يشترط فيها التأقيت لأن الإبهام يبطلها وحيث لم يشترط التأقيت في السكنى دل أن الجزية ما كان بسبيل الأجرة اهـ إتقاني. قال الكمال: ولنا ما أخرجه أبو داود والترمذي عن جرير عن قابوس بن أبي ظبيان عن أبيه عن ابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ: «ليس على مسلم جزية»[١] قال أبو داود سئل سفيان الثوري عن هذا فقال: يعني إذا أسلم فلا جزية عليه، وباللفظ الذي فسره به سفيان الثوري رواه الطبراني في معجمه الأوسط عن ابن عمر عن النبي ﷺ قال: «من أسلم فلا جزية عليه»[٢] وضعف ابن القطان قابوساً وليس قابوس في سند الطبراني فهذا لعمومه يوجب سقوط ما كان استحق عليه قبل إسلامه بل هو المراد بخصوصه لأنه موضع الفائدة إذ عدم الجزية ابتداء على المسلم من ضروريات الدين فالإخبار به من جهة الفائدة ليس كالإخبار بسقوطها في حال البقاء، وهذا يخص السقوط بالإسلام والوجه يعم موته وإسلامه، وبهذا الحديث ونحوه أجمع المسلمون على سقوط الجزية بالإسلام فلا يرد طلب الفرق بين الجزية وبين الاسترقاق، إذ كل منهما عقوبة على الكفر ثم لا يرتفع الاسترقاق بالإسلام، وكذا خراج الأرض وترتفع الجزية لأن كلاً منهما محل الإجماع فإن عقلت حكمة فذاك، وإلا وجب الاتباع على أن الفرق بين خراج الأرض والجزية واضح إذ لا إذلال في خراج الأرض لأنه مؤنة الأرض كي تبقى في أيدينا، والمسلم من يسعى في بقائها للمسلمين بخلاف الجزية فإنها ذل على ظاهر المذهب، وأما الاسترقاق فلأن إسلامه بعد تعلق ملك شخص معين برقبته فلا يبطل به حق المستحق المعين بخلاف الجزية فلأنه لم يتعلق بها ملك شخص معين بل استحقاق للعموم والحق الخاص فضلاً عن العام ليس كالملك الخاص اهـ **قوله: (لأنها عوض والأعواض لا تسقط)** قال الكمال: وأنت تعلم أن كونها وجبت عوضاً وكون المتصل منها أعواضاً خلاف ما تقدم وأنه بقول الشافعي أليق

---

(١) أخرجه الترمذي في الزكاة (٦٣٣)، وأبو داود في الخراج والإمارة والفيء (٣٠٥٣) واللفظ له، وأحمد في مسنده (١٩٥٠٦).

(٢) جزء من الحديث الذي تقدم.

الإسلام تعذر استيفاؤها من الوجه الذي شرعت هي فيه، **وهو الصغار** لأن المسلم يوقر ولا يحقر والمشروع بصفة لا يوجد بدون تلك الصفة فسقطت للتعذر، ولأبي حنيفة رحمه الله تعالى أنها عقوبة وجبت على الكفر تؤخذ منه على وجه الإذلال، ولهذا لو بعثها على يد غلامه أو نائبه لا يمكن من ذلك في أصح الروايات بل يكلف أن يحضر بها بنفسه فيعطي واقفاً، والقابض منه قاعد، **وفي رواية يأخذ بتلبيبه ويهزه** هزاً ويقول له: أعط الجزية يا ذمي والعقوبات الواجبة لله إذا تراكمت تداخلت إذا كانت من جنس واحد كالحدود، ألا ترى أن كفارات الإفطار تتداخل وإن كانت عبادة لما فيها من معنى العقوبة فالعقوبة التي ليس فيها معنى العبادة أولى ولأنها وجبت بدلاً عن القتل في حقهم وعن النصرة في حقنا، وكلاهما يوجب السقوط لأن القتل يكون في حراب قائم في الحال، وكذا النصرة تكون في المستقبل دون الماضي لأنه مستغنى عنه فلا يتصور فيه التكرار والكثرة ولهذا لو مات عند تمام السنة أو قبل التمام لا تؤخذ منه، **وخراج الأرض قيل على هذا الخلاف** وقيل: لا تداخل فيه اتفاقاً، لأنه يجب مؤنة الأرض قائماً مقام العشر، ولهذا لا يجتمعان **والعشر** يتكرر فكذا هذا، وفي الجامع الصغير: ومن لم يؤخذ منه خراج رأسه حتى مضت السنة وجاءت سنة أخرى لم يؤخذ منه عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا: يؤخذ منه فحمله بعض المشايخ على المضي مجازاً وقال: الوجوب بآخر السنة فلا بد من المضي ليتحقق الاجتماع ويتداخل، والأصح أن الوجوب عندنا في ابتداء الحول **وأنه مجرى على حقيقته** فيتحقق الاجتماع بمجرد المجيء وظاهر قوله تعالى: ﴿حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون﴾ [التوبة: ٢٩] يدل على ذلك لأن الله تعالى جعل الإعطاء غاية ينتهي إليه القتل ويجب ترك القتل في أول السنة ولا ينتظر فيه إلى حولان الحول فكذا الإعطاء،

فإن أريد بالأعواض الأجزية الواقعة عقوبة تم عليها وجه قول أبي حنيفة القائل والعقوبات تتداخل اهـ **قوله**: (**بخلاف ما إذا أسلم على قولهما**) أي أو مات قبل استكمال السنة أو بعدها اهـ **قوله**: (**وهو الصغار**) أي والعقوبات الواجبة للبقاء على الكفر وبالموت وصل إلى العقاب الأكبر فلا حاجة إلى الأدنى قال تعالى: ﴿ولنذيقنهم من العذاب الأدنى دون العذاب الأكبر لعلهم يرجعون﴾ [السجدة:٢١] اهـ إتقاني رحمه الله. **قوله**: (**وفي رواية يأخذ بتلبيبه ويهزه**) التلبيب بالفتح ما على موضع اللبب من ثيابه واللبب موضع القلادة من الصدر والهز التحريك، وفي شرح الطحاوي تؤخذ منه الجزية بطريق الاستخفاف له حتى يصفع أيضاً حالة الأخذ اهـ معراج الدراية. **قوله**: (**وخراج الأرض قيل: على هذا الخلاف**) أي فإذا مضت سنون لم يؤخذ منه خراج عنده وعندهما يؤخذ منه ما مضى اهـ فتح. **قوله**: (**والعشر**) بالفاء في خط الشارح. وفي الكافي بالواو وهو أولى اهـ **قوله**: (**وأنه مجرى على**

وهذا لأنها وجبت لإسقاط القتل فتجب للحال كالواجب بالصلح عن دم العمد، ولأن المعوض قد سلم لهم للحال فوجب عليهم العوض كذلك ولا يمكنهم القياس على خراج الأرضين لأنه في مقابلة الانتفاع بالأرض **فما لم تسلم لهم المنفعة لا تجب عليهم الأجرة** ولا تلزمنا الزكاة لأنها إنما وجبت في آخر الحول ليتحقق النماء إذ هي لا تجب إلا في المال النامي.

[٩٧/أ/٢] قال رحمه الله: (**ولا تحدث بيعة ولا/ كنيسة** في دارنا) لقوله عليه الصلاة والسلام: «**لا خصاء** في الإسلام ولا كنيسة»[١] أي لا يخصى إخصاء يقال: خصاه يخصيه خصاء على فعال بمعنى الإخصاء، وقيل: هو المراد بقوله تعالى: ﴿ولآمرنهم فليغيرن خلق الله﴾ [النساء:١١٩]، وقيل: المراد به التبتل والعزلة والامتناع عن النساء كما يفعله رهبان النصارى فكأنه خصاء معنى، والمراد بالنهي عن الكنيسة إحداثها أي لا تحدث في دار الإسلام كنيسة في موضع لم تكن فيه وبيت النار كالكنيسة.

قال رحمه الله: (**ويعاد المنهدم من الكنائس والبيع القديمة**) لأنه جرى التوارث من لدن رسول الله ﷺ إلى يومنا هذا بترك الكنائس في أمصار المسلمين ولا يقوم البناء دائماً فكان دليلاً على جواز الإعادة ولأن الإمام لما أقرهم عهد إليهم الإعادة لأن

حقيقته) أي على حقيقة المجيء وهو الدخول اهـ كاكي. **قوله: (فما لم تسلم لهم المنفعة لا تجب عليهم الأجرة)** أي فلهذا لم تجب بأول الحول اهـ **قوله في المتن: (ولا تحدث بيعة)** لما فرغ عن بيان ما يجب على أهل الذمة من الجزية شرع في بيان متعبداتهم ما يجوز منها وما لا يجوز اهـ **قوله: (ولا كنيسة)** الكنيسة معبد اليهود والبيعة معبد النصارى. قيل في وجه المناسبة في الجمع بين الخصاء والكنيسة في الحديث: إن الخصاء نوع ضعف ليس في الفحل، وكذا بناء الكنيسة في دار الإسلام يورث الضعف في الإسلام أو في الخصاء تغيير عما عليه أصل الخلقة، وكذا في بناء الكنيسة تغيير عما عليه بناء دار الإسلام اهـ معراج الدراية. قال الإتقاني: الكنيسة لمتعبد اليهود والنصارى وكذلك البيعة اسم لمتعبدهم مطلقاً إلا أن الاستعمال غلب في الكنيسة لمتعبد اليهود وفي البيعة لمتعبد النصارى اهـ **قوله: (لا خصاء)** الخصاء بالكسر والمد على فعال مصدر خصاه أي نزع خصيتيه، والإخصاء في معناه خطأ. ذكره في المغرب اهـ كاكي. قوله: والمد على فعال مصدر خصاه أي من باب رماه اهـ إتقاني. **قوله: (ويعاد المنهدم من الكنائس والبيع القديمة)** قال الإتقاني رحمه الله: والمراد من القديمة ما كانت قبل فتح الإمام بلدهم ومصالحتهم على إقرارهم على بلدهم وأراضيهم ولا يشترط أن يكون في زمن الصحابة والتابعين لا محالة اهـ

---

(١) ذكره الزيلعي في نصب الراية (٣/ ٤٥٣).

الأبنية لا تبقى دائماً، ولا يمكنون من نقلها إلى موضع آخر لأنه إحداث في ذلك الموضع في الحقيقة، والصومعة بمنزلة الكنيسة لأنها تبنى للتخلي للعبادة كالكنيسة بخلاف موضع الصلاة في البيت لأنه تبع للسكنى، وهذا في الأمصار دون القرى، لأن الأمصار هي التي تقام فيها شعائر الإسلام فلا يعارض بإظهار ما يخالفها، ولهذا يمنعون من بيع الخمر والخنازير وضرب الناقوس خارج الكنيسة في الأمصار لما قلنا، ولا يمنعون من ذلك في قرية لا تقام فيها الجمع والحدود وإن كان فيها عدد كثير لأن شعائر الإسلام فيها غير ظاهرة **وقيل: يمنعون في كل موضع لم تشع** فيه شعائرهم لأن في القرى بعض الشعائر فلا تعارض بإظهار ما يخالفها من شعائر الكفر، والمروي عن أبي حنيفة كان في قرى الكوفة لأن أكثر أهلها أهل الذمة **وفي أرض العرب يمنعون من ذلك كله** ولا يدخلون فيها [الخمر][1] والخنازير **ويمنعون من اتخاذها المشركون مسكناً** لما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه عليه الصلاة والسلام قال في مرضه الذي مات

إتقاني. وقوله: القديمة أي على قدر البناء الأول ويمنع من الزيادة على البناء الأول اهـ قاضيخان. **قوله: (وقيل يمنعون في كل موضع لم تشع)** قال صاحب الهداية: والمروي عن صاحب المذهب في قرى الكوفة أن الذي روي عن أبي حنيفة من عدم المنع عن إحداث البيعة والكنيسة في القرى في قرى الكوفة لا قرى بلادنا لأن أكثر أهلها كانوا أهل الذمة فلم تكن قراها موضع تنفيذ الأحكام لغلبتهم فلم يرد المنع من الإحداث بخلاف قرى بلادنا فإن أهل الذمة فيها معدودون فمنعوا من الإحداث اهـ إتقاني. قال في الفتاوى الصغرى: إذا أرادوا إحداث البيع والكنائس في الأمصار يمنعون بالإجماع، وأما في السواد ذكر في العشر والخراج أنهم يمنعون وفي الإجارات أنهم لا يمنعون، واختلف المشايخ فيه قال مشايخ بلخ: يمنع وقال الفضلي ومشايخ بخارى: لا يمنع وذكر شمس الأئمة السرخسي في باب إجارة الدور والبيوت من شرح الإجارات: الأصح عندي أنهم يمنعون عن ذلك في السواد وذكر هو في السير الكبير فقال: إن كانت قرية غالب أهلها أهل الذمة لا يمنعون، وأما القرية التي سكنها المسلمون اختلف المشايخ فيها على نحو ما ذكرنا وهل تهدم البيع القديمة في السواد على الروايات كلها لا أما في الأمصار ذكر في الإجارات أنه لا تهدم البيع القديمة بل تترك، وذكر في العشر والخراج أنها تهدم قال الناطفي في الواقعات: قال محمد: ليس ينبغي أن تترك في أرض العرب كنيسة ولا بيعة ولا بيت نار اهـ **قوله: (وفي أرض العرب يمنعون من ذلك كله)** أي في أمصارها وقراها اهـ هداية وكتب ما نصه: فلا تحدث فيها كنيسة ولا تقر لأنهم لا يمنعون من السكنى فلا فائدة في إقرارها إلا أن تتخذ دار سكنى، ولا تباع بها خمر ولا في قرية منها ولا في ماء من مياه العرب اهـ

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من المطبوع.

فيه: «أخرجوا المشركين من جزيرة العرب»(١) رواه أحمد والبخاري ومسلم. وعن عمر رضي الله عنه أنه سمع رسول الله ﷺ يقول: «لأخرجن اليهود والنصارى من جزيرة العرب حتى لا أدع فيها إلا مسلماً»(٢) رواه أحمد ومسلم والترمذي وصححه وعن عائشة رضي الله عنها أنها قالت: «آخر ما عهد رسول الله ﷺ أن قال: لا يترك بجزيرة العرب دينان»(٣) وعن أبي عبيدة بن الجراح أنه قال: آخر ما تكلم به رسول الله ﷺ: «أخرجوا يهود أهل الحجاز وأهل نجران من جزيرة العرب»(٤) رواهما أحمد. وأجلى عمر «اليهود والنصارى من أرض الحجاز»(٥) فيما رواه البخاري.

قال رحمه الله: (**ويميز الذمي عنا في الزي** والمركب والسرج فلا يركب خيلاً، ولا يعمل بالسلاح ويظهر الكستيج ويركب سرجاً كالأكف) إظهاراً للصغار عليهم **وصيانة لضعفة المسلمين يقيناً** لأن من هو ضعيف اليقين إذا رآهم يتقلبون في النعم والمسلمين في محنة وشدة يخاف أن يميل إلى دينهم وإليه وقعت الإشارة بقوله تعالى: ﴿ولولا أن يكون الناس أمة واحدة لجعلنا لمن يكفر بالرحمن لبيوتهم **سقفاً من فضة**﴾ [الزخرف: ٣٣] الآية. وحكاية قارون مع الضعفة من قوم موسى عليه

فتح. **قوله**: (**ويمنعون من اتخاذها المشركون مسكناً**) بخلاف أمصار المسلمين التي ليست في جزيرة العرب يمكنون من سكناها ولا خلاف في ذلك اهـ كمال. وكتب على قوله: من اتخاذها ما نصه: أي أرض العرب اهـ وكتب على قوله: مسكناً ما نصه: أي ووطناً اهـ **قوله**: (**ويميز الذمي عنا في الزي**) قال في المصباح: والزي بالكسر الهيئة وأصله زوي اهـ **قوله**: (**وصيانة لضعفة المسلمين يقيناً**) أي فربما يمرقون بجهلهم فيقولون: الكفار أحسن حالاً منا فإنهم في خفض عيش ونعمة ونحن في كد وتعب اهـ فتح. وحاصل هذا أن أهل الذمة لما كانوا مخالطين لأهل الإسلام فلا بد مما يتميز به المسلم من الكافر كي لا يعامل معاملة المسلم من التوقير والإجلال، وذلك لا يجوز وإذ وجب التمييز وجب أن يكون فيه صغار لا إعزاز لأن إذلالهم واجب بغير أذى من ضرب أو صفع بلا سبب يكون منه بل المراد اتصافه بهيئة وضيعة، وكذا لو أمروا بالكستيجات اهـ كمال. **قوله**: (**سقفاً من فضة**) تنبيهاً

---

(١) أخرجه البخاري في الجهاد والسير (٣٠٥٣)، ومسلم في الوصية (١٦٣٧)، وأحمد في مسنده (١٩٣٦).

(٢) أخرجه مسلم في الجهاد والسير (١٧٦٧)، والترمذي في السير (١٦٠٧)، وأبو داود في الخراج والإمارة والفيء (٣٠٣٠)، وأحمد في مسنده (٢٠١).

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) أخرجه أحمد في مسنده (١٦٩٣)، والدارمي في سننه كتاب السير (٢٤٩٨).

(٥) أخرجه البخاري في المزارعة (٣٣٣٨)، ومسلم في المساقاة (١٥٥١)، وأحمد في مسنده (٦٣٣٢).

الصلاة والسلام معروفة ظاهرة، ولأن المسلم يوقر والذمي يحقر ويضيق عليه الطريق ولا يبدأ بالسلام فلو لم يكن له علامة يميز بها لما وقع التفرقة بينهما **فيعامل معاملة المسلمين**، وأول من أخذ أهل الذمة بالعلامة عمر رضي الله عنه لكثرة الناس في أيامه فرأى أنه لم تقع التفرقة بين المسلم والكافر إلا بالعلامة، وقال عليه الصلاة والسلام: «أينما دار عمر فالحق معه» ولم يأمر عليه الصلاة والسلام يهود/ المدينة ولا نصارى [٩٧ ب/٢] نجران ولا مجوس هجر بالعلامة لأنهم كانوا معروفين وحالهم لا يشتبه على أحد فلا يحتاجون إلى العلامة، ولا يركبون الخيل لأنهم ليسوا من أهل الجهاد ولا يلبسون طيالسة مثل طيالسة المسلمين، ولا أردية مثل أرديتهم ولا كل لباس يختص بأهل العلم والزهد والشرف، وإن ركبوا لضرورة من سفر ونقل مريض نزلوا في مجامع المسلمين **ولا يمكنون من لبس زنانير الإبريسم** ولا يمنعون من الكستيج **وهو الخيط الغليظ** ويؤمر بتمييز نسائهم عن نساء المسلمين في الطريق والحمام وتجعل على دورهم علامة **كيلا يقف عليها السائل فيدعو لهم بالمغفرة**.

قال رحمه الله: (**ولا ينتقض عهده** بالإباء عن الجزية والزنا بمسلمة وقتل مسلم

على خسة الدنيا عند الله عز وجل اهـ فتح. **قوله: (فيعامل معاملة المسلمين)** أي ويجوز أن يموت الذمي فجأة في الطريق فإذا لم يكن به علامة يصنع به ما يصنع بموتى المسلمين والاحتراز عن مثل ذلك واجب اهـ إتقاني. **قوله: (ولا يمكنون من لبس زنانير الإبريسم)** قال الكمال: وإذا منعوا من شد زنار وهو حاشية رقيقة من الإبريسم فمنعهم من لباس الثياب الفاخرة التي تعد عند المسلمين فاخرة سواء كانت حريراً أو غيره كالصوف المربع والجوخ الرفيع والأبراد الرفيعة أولى، ولا شك في وقوع هذا في هذه الديار ولا شك في منع استكتابهم وإدخالهم في المباشرة التي يكون بها معظماً عند المسلمين، بل ربما يقف بعض المسلمين خدمة له خوفاً من أن يتغير خاطره منه فيسعى به عند مستكتبه سعاية توجب له منه الضرر، وكذا يؤخذون بالركوب على سروج فوق الحمر كهيئة الأكف أو قريباً منه، ولا يركبون الخيل بل اختار المتأخرون أن لا يركبوا أصلاً إلا إذا خرجوا إلى أرض قرية ونحوها أو كان مريضاً أي إلا أن تلزم الضرورة فيركب، ثم ينزل في مجامع المسلمين إذا مر بهم ولا يحملون السلاح وتضيق عليهم الطريق ولا يبدأ بالسلام ويردّ عليه بقوله: وعليكم فقط اهـ وكتب على قوله: زنانير ما نصه: الزنار للنصارى وزان تفاح والجمع زنانير اهـ مصباح. **قوله: (وهو الخيط الغليظ)** أي في غلظ الإصبع من الصوف يشده فوق ثيابه اهـ فتح. **قوله: (كيلا يقف عليها السائل فيدعو لهم بالمغفرة)** أي أو يعاملهم بالتضرع كما يتضرع للمسلمين وتجعل مكاعبهم خشنة فاسدة اللون اهـ فتح. **قوله في المتن: (ولا ينتقض عهده إلخ)** ذكر الشارح رحمه الله في باب البغاة: إن أهل الذمة إذا أعانوا أهل

وسب النبي ﷺ) وقال الشافعي: ينتقض أمانه بالسب **لأنه ينقض الإيمان** فكذا الأمان بل أولى لأنه دونه وهو خلف عنه، ولنا «أن يهودياً قال لرسول الله ﷺ السام عليك فقال أصحابه عليه الصلاة والسلام: نقتله يا رسول الله قال: لا»[١] رواه البخاري وأحمد. فلم ينقض عليه السلام عهده ولم يقتله **فيكون حجة عليه وعلى مالك في وجوب القتل بسب النبي** ﷺ، ولأن السب كفر منه فالكفر المقارن لا يمنع العهد فكذا الطارئ لا يرفعه وهذا لأن ما ينتهي به القتال التزام الجزية وقبولها لا أداؤها وهو باقٍ فلا ينتقض.

قال رحمه الله: (بل بالالتحاق ثمة أو بالغلبة على موضع للحراب) أي بل ينتقض العهد بالالتحاق بدار الحرب أو **بالغلبة على موضع** للحراب لأنهم صاروا بذلك حرباً علينا فلا يفيد بقاء العهد بعد ذلك، لأن المقصود من عقد الذمة دفع الفساد بترك القتال.

قال رحمه الله: (**وصاروا كالمرتد**) أي وصاروا بالتحاقهم بدار الحرب أو بالغلبة

البغي على القتال حكمهم حكم أهل البغي حتى لا يجوز استرقاقهم، ولا أخذ أموالهم لأن عهدهم لا ينتقض به اهـ **قوله**: (**لأنه ينقض الإيمان**) يعني على تقدير أنه لو كان مسلماً كان سب النبي ﷺ ينقض إيمانه اهـ **قوله**: (**فيكون حجة عليه وعلى مالك في وجوب القتل بسب النبي عليه الصلاة والسلام**) أي إن لم يسلم وبه قال أحمد في رواية والشافعي في قول اهـ كاكي. قال في الهداية: ومن امتنع من أداء الجزية أو قتل مسلماً أو زنى بمسلمة أو سب النبي صلى الله عليه وسلم لم ينتقض عهده قال الكمال: فيصير مباح الدم باعتبار أنه لا عهد له عندنا وقيد بأدائها لأنه لو امتنع من قبولها نقض عهده ثم قال الكمال: والذي عندي أن سبه عليه الصلاة والسلام أو نسبة ما لا ينبغي إلى الله تعالى إن كان مما لا يعتقدونه كنسبة الولد إلى الله تعالى وتقدس عن ذلك إذا أظهره يقتل به وينتقض عهده، وإن لم يظهره ولكن عثر عليه وهو يكتمه فلا وهذا لأن دفع القتل والقتال عنهم بقبول الجزية الذي هو المراد بالإعطاء مقيد بكونهم صاغرين أذلاء بالنص، ولا خلاف أن المراد استمرار ذلك لأنه عند مجرد القبول وإظهار ذلك منه ينافي قيد كون قبول الجزية رافعاً لقتله لأنه الغاية في التمرد وعدم الالتفات والاستخفاف بالمسلمين والإسلام فلا يكون جارياً على العقد الذي يدفع عنه القتل وهو أن يكون صاغراً ذليلاً وهذا البحث منا يوجب أنه إذا استعلى على المسلمين على وجه صار مستمراً عليه حل للإمام قتله أو يرجع إلى الذل والصغار اهـ قالوا: إذا طعن الذمي في دين الإسلام طعناً ظاهراً جاز قتله لأن العهد معقود على أن لا يطعن فإذا طعن فقد نكث عهده وخرج من الذمة. ذكره حافظ الدين النسفي في تفسير قوله تعالى: ﴿وإن نكثوا أيمانهم من بعد عهدهم﴾ [التوبة: ١٢] اهـ

---

(١) أخرجه البخاري في استتابة المرتدين (٦٩٢٦)، وأحمد في مسنده (١٢٧٨١).

صاروا كالمرتد في حل قتلهم ودفع مالهم لورثتهم لأنهم التحقوا بالأموات بتباين الدارين غير أنهم يسترقون ولا يجبرون على قبول الذمة بخلاف المرتد حيث لا يسترق ويجبر على الإسلام لأن كفر المرتد أغلظ فأوجب الزيادة في العقوبة **ولأن المقصود من كل واحد منهما أن يرجع إلى ما كان عليه** فباسترقاق الذمي يحصل المقصود منه وهو دفع فساده وحرابه بذلك بخلاف المرتد لأن المقصود منه الإسلام فلا يحصل باسترقاقه فصار كمشركي العرب والمال الذي لحق به دار الحرب يكون فيئاً، **وليس لورثته أن يأخذوه كالمرتد** بخلاف ما إذا رجع إلى دار الإسلام بعدما لحق بدار الحرب وأخذ شيئاً من ماله ولحق به دار الحرب حيث يكون لورثته أن يأخذوه لأنه حين التحق بدار الحرب ملكوه **فللمالك القديم أن يأخذ ماله مجاناً أو بعوض** على ما بينا، وقوله: بل بالالتحاق ثمة الخ يفيد اختصاص ما ينتقض به العهد حتى لو قال: نقضت بالقول لا ينتقض. ذكره في المحيط.

قال رحمه الله: (**ويؤخذ من تغلبي وتغلبية**) بالغين المعجمة (ضعف زكاتنا) وقال زفر والشافعي: لا يؤخذ من نسائهم لأنه جزية في الحقيقة على ما قال عمر

قوله: (**أو بالغلبة على موضع**) أي أو قرية أو حصن اهـ فتح. **قوله في المتن**: (**وصاروا كالمرتد**) أي في الحكم بموته باللحاق لأنه التحق بالأموات اهـ كمال. **قوله**: (**ولأن المقصود من كل واحد منهما أن يرجع إلى ما كان عليه**) قال الكمال :وإذا تاب تقبل توبته وتعود ذمته ولا يبطل أمان ذريته بنقض عهده وتبين منه زوجته الذمية التي خلفها في دار الإسلام إجماعاً ويقسم ماله بين ورثته اهـ قال الإتقاني: أما إذا التحقت هي معه بدارهم ثم عادا إلى دارنا فهما على نكاحهما لعدم تباين الدارين اهـ **قوله**: (**وليس لورثته أن يأخذوه كالمرتد**) أي إذا حمل ماله إلى دار الحرب اهـ **قوله**: (**فللمالك القديم أن يأخذ ماله مجاناً**) أي قبل القسمة اهـ **قوله**: (**أو بعوض**) أي بعد القسمة لأن الملك لهم حين أخذه اهـ فتح. **قوله في المتن**: (**ويؤخذ من تغلبي وتغلبية إلخ**) والأصل فيه ما ذكر أبو يوسف في كتاب الخراج بإسناده إلى داود بن كردوس عن عبادة بن النعمان التغلبي أنه قال لعمر بن الخطاب رضي الله عنه: يا أمير المؤمنين إن بني تغلب من قد علمت شوكتهم وإنهم بإزاء العدو فإن ظاهروا عليك العدو اشتدت مؤنتهم فإن رأيت أن تعطيهم شيئاً فافعل، قال :فصالح عمر على أن لا يغمسوا أحداً من أولادهم في النصرانية وتضاعف عليهم الصدقة وعلى أن تسقط الجزية عن رؤوسهم فكل نصراني من بني تغلب له غنم سائمة فليس فيها شيء حتى تبلغ أربعين فإذا بلغت أربعين سائمة ففيها شاتان إلى عشرين ومائة، فإذا زادت شاة ففيها أربع من الغنم وعلى هذا الحساب تؤخذ صدقاتهم، وكذلك البقر والإبل إذا وجب على المسلم شيء في ذلك فعلى النصراني التغلبي مثله مرتين ونساؤهم كرجالهم في الصدقة، وأما الصبيان

رضي الله عنه هذه جزية فسموها ما شئتم، ولهذا تصرف مصارف الجزية ولا جزية على النساء كما لا جزية على الصبيان، ولنا أن عمر رضي الله عنه صالحهم على ضعف الزكاة بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم من غير نكير والزكاة تجب على النساء دون الصبيان فكذا ضعفها، والنساء أهل لوجوب المال بالصلح والمصرف مصالح المسلمين لأنه مال بيت المال، وذلك لا يختص / بالجزية فلا يلزم من صرفه [١٩٨/٢] فيه أن يكون جزية وكيف يكون جزية وشرائطه من وصف الصغار وعدم قبوله من النائب والإعطاء قائماً، والقابض قاعداً وأخذ التلبيب والهز لا يراعى فيه.

قال رحمه الله: (ومولاه كمولى القرشي) أي في حق عدم التبعية للمولى فإنهما لا يتبعان مولاهما في الجزية والخراج حتى يوضعا عليهما وإن كان القرشي والتغلبي لا يوضعان عليهما، وقال زفر رحمه الله: يضاعف على مولى التغلبي لأنه ملحق بمولاه لقوله عليه الصلاة والسلام: «فإن مولى القوم منهم»(١) ولهذا حرمت الزكاة على مولى الهاشمي، ولنا أنه لو التحق بالمولى هنا كان تخفيفاً إذ التضعيف أخف

فليس عليهم شيء وكذلك أرضوهم التي كانت في أيديهم يوم صولحوا يؤخذ منهم الضعف مما يؤخذ من المسلمين، فأما الصبي والمعتوه فأهل العراق يرون أن يؤخذ ضعف الصدقة من أرضه ولا يؤخذ من ماشيته، وأهل الحجاز يقولون: يؤخذ ذلك من ماشيته وسبيل ذلك سبيل الخراج لأنه بدل من الجزية ولا شيء عليهم في بقية أموالهم ورقيقهم. هذا لفظ أبي يوسف في كتاب الخراج اهـ إتقاني. قوله: ولا شيء عليهم في بقية أموالهم ورقيقهم يريد به إذا لم يمروا على عاشر، أما إذا مروا بمال على العاشر فإنه لا بد أن يؤخذ منهم ضعف ما يؤخذ من المسلمين والله الموفق. قال في الهداية في باب من مر على العاشر: ولو مر الصبي أو امرأة من بني تغلب بمال فليس على الصبي شيء وعلى المرأة ما على الرجل كما ذكرنا في السوائم اهـ وهو يؤيد ما قلناه والله الموفق اهـ وكتب ما نصه: أفرد أحكام نصارى بني تغلب بفصل لأن حكمهم مخالف لسائر النصارى وتغلب من بني غالب من العرب من ربيعة تنصروا في الجاهلية، فلما جاء الإسلام ثم زمن عمر دعاهم عمر إلى الجزية فأبوا وأنفوا وقالوا: نحن عرب خذ منا كما يأخذ بعضكم من بعض الصدقة فقال: لا آخذ من مشرك فلحق بعضهم بالروم فقال النعمان بن زرعة: يا أمير المؤمنين إن القوم لهم بأس شديد وهم عرب يأنفون من الجزية فلا تعن عليك عدوك بهم وخذ منهم الجزية باسم الصدقة فبعث عمر رضي الله عنه في طلبهم وضعف عليهم فأجمع الصحابة على ذلك ثم الفقهاء اهـ كمال. **قوله في المتن: (ومولاه كمولى القرشي)** يعني لا تؤخذ

---

(١) أخرجه الترمذي في الزكاة (٦٥٧)، والنسائي في الزكاة (٢٦١٢)، وأبو داود في الزكاة (١٦٥٠).

لما ذكرنا أنه ليس فيه وصف الصغار والمولى لا يلحق بالأصل في التخفيف، **ألا ترى أن الجزية توضع على مولى المسلم** إذا كان كافراً ولو لحقه فيه لما وضع عليه **بخلاف حرمة الصدقة** لأن الحرمات تثبت بالشبهات فألحق مولى الهاشمي في حقها بالهاشمي ولأن الأصل أن لا يلحق المولى بأصله على ما بينا من مولى المسلم وغيره، ولكن ورد الحديث في حرمة الصدقة وهو ما روي أن أبا رافع مولى رسول الله ﷺ قال للنبي ﷺ: أتحل لي الصدقة قال عليه الصلاة والسلام: «لا أنت مولانا ومولى القوم منهم» وما ورد على خلاف القياس لا يلحق به ما ليس في معناه، وليس هذا في معناه لأنه كان لإظهار فضيلة قرابته عليه الصلاة والسلام وفضيلة من ينتمي إليهم، ألا ترى أن مولى الغني **لا يلحق بأصله في حرمة الصدقة** إذ لا يوازي الهاشمي في استحقاق هذه الكرامة، أو لأن الغني أهل لأن يأخذ الصدقة وإنما منعه منه غناه ولم يوجد في حق المولى ذلك المعنى فجاز له الأخذ.

قال رحمه الله: (والجزية والخراج ومال التغلبي وهدية أهل الحرب وما أخذنا منهم بلا قتال يصرف في مصالحنا كسد الثغور وبناء القناطر والجسور وكفاية القضاة والعلماء والمقاتلة وذراريهم) لأنه مأخوذ بقوة المسلمين فيصرف إلى مصالح المسلمين وهؤلاء عملة المسلمين قد حبسوا أنفسهم لمصالح المسلمين فكان الصرف إليهم تقوية للمسلمين، ولو لم يعطوا لاحتاجوا إلى الاكتساب وتعطلت مصالح المسلمين، ونفقة الذراري على الآباء فيعطون كفايتهم كيلا يشتغلوا بها عن مصالح المسلمين، ولا خمس في ذلك لأنه عليه الصلاة والسلام لم يخمس الجزية ولأنه مال أخذ بقوة المسلمين بلا قتال بخلاف الغنيمة لأنها مأخوذة بالقهر والقتال فشرع الخمس فيها لا يدل على شرعه في الآخر، ومن جملة هذا النوع ما يأخذه العاشر من أهل الحرب وأهل الذمة إذا مروا عليه ومال أهل نجران وما صولح عليه أهل الحرب على ترك القتال قبل نزول العسكر بساحتهم كل ذلك يصرف إلى مصالح المسلمين لما ذكرنا، ثم اعلم أن ما يجيء إلى بيت المال أنواع أربعة أحدها هذا الذي ذكرناه مع مصرفه. والثاني الزكاة والعشر ومصرفها ما ذكرهم الله تعالى في قوله تعالى: ﴿إنما الصدقات للفقراء﴾ [التوبة:٦٠] الآية، وهم سبعة أصناف وقد

الجزية والخراج من القرشي وتؤخذ من مولاه فكذلك ها هنا اهـ **قوله: (ألا ترى أن الجزية توضع على مولى المسلم)** يعني لو كان لمسلم مولى نصراني ثم إنه وضعت عليه الجزية ولم يتعد إليه التخفيف الثابت بالإسلام فلأن لا يتعدى إليه التخفيف الثابت بوصف التغلبية أولى اهـ **قوله: (بخلاف حرمة الصدقة)** أي على الهاشمي لأنه ليس تخفيفاً بل تحريم والحرمات تثبت بالشبهات اهـ فتح. **قوله: (لا يلحق بأصله في حرمة الصدقة)** أي في الجملة،

ذكرناهم في كتاب الزكاة. والثالث خمس الغنائم والمعادن والركاز ومصرفه ما ذكرهم الله تعالى في قوله: ﴿فأن لله خمسه﴾ [الأنفال: ٤١] الآية، وقد ذكرناهم في أوائل كتاب السير. والرابع اللقطات والتركات التي لا وارث لها وديات مقتول لا ولي له ومصرفها اللقيط الفقير والفقراء الذين لا أولياء لهم يعطون منه نفقتهم وأدويتهم وتكفن به موتاهم وتعقل به جنايتهم، وعلى الإمام أن يجعل لكل نوع من هذه الأنواع بيتاً يخصه ولا يخلط بعضه ببعض لأن لكل نوع حكماً يختص به فإن لم يكن في بعضها / شيء فللإمام أن يستقرض عليه من النوع الآخر ويصرفه إلى أهل ذلك، ثم إذا [٩٨ ب/٢] حصل من ذلك النوع شيء رده في المستقرض منه إلا أن يكون المصروف من الصدقات أو من خمس الغنيمة على أهل الخراج وهم فقراء فإنه لا يرد فيه شيئاً لأنهم مستحقون للصدقات بالفقر، وكذا في غيره إذا صرفه إلى المستحق ويجب على الإمام أن يتقي الله تعالى ويصرف إلى كل مستحق قدر حاجته من غير زيادة فإن قصر في ذلك كان الله عليه حسيباً.

قال رحمه الله: (**ومن مات في نصف السنة حرم عن العطاء**) يعني ومن مات ممن يقوم بمصالح المسلمين كالقضاة والغزاة ونحوهم لا يستحق من العطاء شيئاً، والعطاء اسم لما يصرف إليهم لأنه صلة فلا يملك قبل القبض كالمرأة إذا ماتت ولها نفقة مفروضة في ذمة الزوج، واسم العطاء ينبئ عن الصلة وإنما قال: مات في نصف السنة لأنه لو مات في آخر السنة يستحب صرفه إلى قريبه لأنه قد أوفى عناءه فيصرف إليه ليكون أقرب إلى الوفاء **ولو عجل له كفاية سنة ثم عزل** قبل تمام السنة قيل: يجب رد ما بقي من السنة وقيل: على قياس قول محمد في نفقة الزوجة يرجع وعندهما لا يرجع هو يعتبره بالإنفاق على امرأة ليتزوجها وهما يعتبرانه بالهبة والله أعلم.

باب المرتدين

قال رحمه الله: (يعرض الإسلام على المرتد وتكشف شبهته ويحبس ثلاثة

ألا ترى أنه لو كان عاملاً عليها أعطي كفايته منها اهـ فتح. **قوله في المتن: (ومن مات في نصف السنة حرم عن العطاء)** أي وأما المدرس والإمام والمؤذن إذا مات في أثناء السنة أو عزل وقد باشر مدة فإنه لا يحرم. نص عليه الطرسوسي في أنفع الوسائل في مسألة غلة الوقف وبسط الكلام هناك فليراجع والله الموفق اهـ **قوله: (ولو عجل له كفاية سنة ثم عزل)** أي أو مات اهـ

باب المرتدين

لما فرغ عن بيان أحكام الكفار من الأصل شرع في بيان أحكام الكفار بعد الإسلام

أيام فإن أسلم وإلا قتل) لقوله عليه الصلاة والسلام: «من بدل دينه فاقتلوه»[(١)] **رواه أحمد والبخاري** وغيرهما وعرض الإسلام عليه مروي عن عمر رضي الله عنه وهو مستحب على ما قالوا وليس بواجب **لأن الدعوة قد بلغته** غير أنه يحتمل أنه اعتراه شبهة فيعرض عليه **لتزاح**، ويعود إلى الإسلام لأن عوده مرجو، وفي الجامع الصغير المرتد يعرض عليه الإسلام **فإن أبى قتل**، ولم يذكر فيه الإمهال وفيه روايتان. وقال الشافعي رحمه الله: الإمهال واجب لا يحل للإمام أن يقتله قبل أن يمضي عليه ثلاثة أيام لأن ارتداد المسلم يكون عن شبهة ظاهراً فلا بد من مدة يمكنه التأمل فيها فقدرناه بالثلاث لأنها مدة ضربت لإبلاء الأعذار ولنا ما روينا وقوله تعالى: ﴿اقتلوا المشركين﴾ [التوبة: ٥] مطلقاً، **ولأنه كافر حربي** بلغته الدعوة فيقتل للحال ولا فرق فيه بين الحر والعبد لإطلاق الدلائل، **فإن ارتد وتاب ثم ارتد تقبل توبته، وهكذا دائماً** لأنا نحكم بالظاهر وكان عليه الصلاة والسلام يقبل ظاهر الإسلام من المنافقين وقال عليه

لأن العارض بعد الأصلي في الوجود فناسب أن يكون كذلك وضعاً اهـ إتقاني. **قوله**: (**رواه أحمد والبخاري**) أي وأبو داود اهـ كاكي. **قوله**: (**لأن الدعوة قد بلغته**) أي وعرض الإسلام هو الدعوة إليه ودعوة من بلغته الدعوة غير واجبة بل مستحبة اهـ كمال رحمه الله. وفي الكافي يقتل من ساعته في ظاهر الرواية وفي النوادر عن أبي حنيفة وأبي يوسف يستحب للإمام أن يؤجله ثلاثة أيام طلب أو لم يطلب اهـ دراية. **قوله**: (**لتزاح**) أي تزال اهـ **قوله**: (**فإن أبى قتل**) أي مكانه فيفيد أن إنظاره ليس واجباً ولا مستحباً اهـ فتح. **قوله**: (**ولأنه كافر حربي**) لأنه ليس بذمي ولا مستأمن إذ لا تقبل الجزية منه وما طلب الأمان فكان حربياً لإطلاق النص اهـ دراية. **قوله**: (**فإن ارتد وتاب ثم ارتد تقبل توبته**) أي وبه قال أكثر أهل العلم لقوله تعالى: ﴿فإن تابوا وأقاموا الصلاة وآتوا الزكاة فخلوا سبيلهم﴾ [التوبة: ٥]، وعن ابن عمر وعلي لا تقبل توبة من كرر ردته كالزنديق وبه قال مالك وأحمد والليث لقوله تعالى: ﴿إن الذين آمنوا ثم كفروا ثم آمنوا ثم كفروا ثم ازدادوا كفراً لم يكن الله ليغفر لهم﴾ [النساء: ١٣٧] اهـ كاكي. قال الكمال: قلنا: رتب عدم المغفرة على شرط قوله: ثم ازدادوا كفراً اهـ كاكي. قال الإتقاني: وجه قول العامة أن الآية في حق من ازدادوا كفراً لا في حق من آمن وأظهر التوبة ويدل عليه إطلاق قوله تعالى: ﴿ولا تقولوا لمن ألقى إليكم السلام لست مؤمناً﴾ [النساء: ٩٤] وقد روي عن النبي ﷺ أنه قال: «أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا: لا إله إلا الله»[(٢)] اهـ **قوله**: (**وهكذا دائماً**) أي ولا يقتل إلا إن أبى أن

---

(١) أخرجه البخاري في الجهاد والسير (٣٠١٧)، والترمذي في الحدود (١٤٥٨)، والنسائي في تحريم الدم (٤٠٥٩)، وأحمد في مسنده (١٨٧٤).

(٢) تقدم تخريجه.

الصلاة والسلام لمن قتل شخصاً بعد ما أسلم: «هلا شققت قلبه»[1] وعن أبي يوسف أنه إذا تكرر منه الارتداد يقتل من غير عرض الإسلام عليه لأنه مستخف بالدين.

قال رحمه الله: (**وإسلامه أن يتبرأ عن الأديان** سوى الإسلام أو عما انتقل إليه) أي كيفية توبته أن يتبرأ عن الأديان كلها سوى دين الإسلام ولو تبرأ عما انتقل إليه صح لحصول المقصود، والأولى هو الأول لأن المرتد لا دين له.

قال رحمه الله: (**وكره قتله قبله**) أي كره قتله قبل عرض الإسلام عليه لأن في قتله تفويت العرض المستحب. وقال صاحب الهداية: **معنى الكراهة هنا ترك المستحب**.

قال رحمه الله: (ولم يضمن قاتله) لأن الكفر بوصف الحراب مبيح والعرض بعد بلوغ الدعوة غير واجب، فلم يضمن لذلك ولقوله عليه الصلاة والسلام: «من بدل دينه فاقتلوه».

قال رحمه الله: (**ولا تقتل المرتدة** بل تحبس حتى تسلم) **وقال الشافعي**: **تقتل**

يسلم قال أبو الحسن الكرخي: وهذا قول أصحابنا جميعاً إن المرتد يستتاب أبداً وروي عن علي وابن عمر أنه لا تقبل توبته بعد المرة الثالثة لأنه مستخف مستهزئ وليس بتائب اهـ إتقاني. **قوله في المتن**: (**وإسلامه أن يتبرأ عن الأديان إلخ**) ولكن بعد إتيانه بكلمة الشهادة. ذكره في الإيضاح وفي المنية وهو أن يقول: تبت ورجعت إلى دين الإسلام وأنا بريء من كل دين سوى دين الإسلام والإقرار بالبعث والنشور مستحب اهـ دراية. قال في شرح الطحاوي: إسلام النصراني أن يقول: أشهد أن لا إله إلا الله وأن محمداً عبده ورسوله ويتبرأ من النصرانية واليهودي كذلك يتبرأ من اليهودية وكذا في كل ملة، وأما بمجرد الشهادتين فلا يكون مسلماً لأنهم يقولون بذلك غير أنهم يدعون خصوص الرسالة إلى العرب فيصدق أنه رسول الله ولا يتم الإسلام إلا به، هذا فيمن بين أظهرنا منهم، وأما من في دار الحرب لو حمل عليه مسلم فقال: محمد رسول الله فهو مسلم أو قال: دخلت في دين الإسلام أو دين محمد ﷺ فهو دليل إسلامه فكيف إذا أتى بالشهادتين لأن في ذلك الوقت ضيقاً اهـ فتح. **قوله في المتن**: (**وكره قتله قبله**) قال في الهداية: فإن قتله قاتل قبل عرض الإسلام عليه قال الكمال: أو قطع عضواً منه كره ذلك ولا شيء على القاتل والقاطع لأن الكفر مبيح وكل جناية على المرتد هدر اهـ وفي شرح الطحاوي: إذا فعل ذلك أي القتل والقطع بغير إذن الإمام أدّب اهـ قال قاضيخان: وردّة الرجل تبطل عصمة نفسه حتى لو قتله القاتل بغير أمر القاضي عمداً أو خطأ أو بغير أمر السلطان أو أتلف عضواً من أعضائه لا شيء عليه اهـ **قوله**: (**معنى الكراهة هنا ترك المستحب**) أي فهي كراهة تنزيه وعند من يقول بوجوب الفرض كراهة تحريم اهـ كمال. **قوله في المتن**: (**ولا تقتل المرتدة**) أي بل تحبس

---

(١) أخرجه ابن ماجه في الفتن (٣٩٣).

لما روينا ولأن قتل الرجل لتغليظ جنايته وقد شاركته فيها فتشاركه في جزائها كالقصاص والرجم قلنا: المبيح للقتل كفر المحارب **بدليل ما روي عنه عليه الصلاة والسلام: «أنه نهى عن قتل / الكافرات»**[١] بخلاف ما ذكر من القصاص وغيره لأن الحكم [٢/١ ٩٩] فيه معلق بالجناية دون الحراب وجزاء الكفر لا يقام في الدنيا لأنها دار الابتلاء على ما عرف والمراد بالحديث المحارب لنا وإلا لوجب قتل الشخص إذا أسلم لأنه بدل دينه وهو الكفر بالإسلام والذي يدل عليه أن هذا الحديث يرويه ابن عباس رضي الله عنهما ومذهبه أن المرتدة لا تقتل ومن العجب أن الشافعي أوجب القتل على اليهودي إذا تنصر، وبالعكس محتجاً بهذا الحديث ولا معنى له لأن الكفر كله ملة واحدة وانتقاله من كفر إلى كفر لا يزيده خبثاً ولأن فيه أمراً بأن يرجع إلى ما كان فيه من الكفر والأمر بالكفر كفر فلا يجوز، وإذا لم تقتل المرتدة تحبس إلى أن تسلم **لأنها ارتكبت جريمة عظيمة فتحبس** حتى تترك وتخرج منها وتضرب في كل ثلاثة أيام

أبداً اهـ **قوله**: (**وقال الشافعي: تقتل**) أي وبه قال مالك وأحمد والليث والزهري والنخعي والأوزاعي ومكحول وحماد[٢] وإسحاق اهـ كاكي. **قوله**: (**بدليل ما روي عنه عليه الصلاة والسلام أنه نهى عن قتل الكافرات**) أي فقال: لا تقتلوا امرأة ولم يفصل بين المرتدة والكافرة الأصلية ولأنها متى لا تقتل بالكفر الأصلي فبالطارئ بالطريق الأولى كالصبي اهـ كاكي. قال الكمال: وقد روى أبو يوسف عن أبي حنيفة عن عاصم بن أبي النجود عن أبي رزين عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: لا تقتل النساء إذا هن ارتددن عن الإسلام ولكن يحبسن ويدعين إلى الإسلام ويجبرن عليه. وفي بلاغات محمد قال: بلغنا عن ابن عباس أنه قال: إذا ارتدت المرأة عن الإسلام حبست اهـ **قوله**: (**لأنها ارتكبت جريمة عظيمة فتحبس إلخ**) قال الكمال: ولم يذكر الضرب في الجامع الكبير ولا في ظاهر الرواية ويروى عن أبي حنيفة أنها تضرب في كل أيام وقدرها بعضهم بثلاثة وعن الحسن تضرب في كل يوم تسعة وثلاثين سوطاً إلى أن تموت أو تسلم ولم يخصه بحرة ولا أمة وهذا قتل معنى لأن موالاة الضرب تفضي إليه ولذا قلنا فيمن اجتمع عليه حدود: لا يقام عليه الحد الثاني ما لم يبرأ من الحد الأول كيلا يصير قتلاً وهو غير المستحق اهـ ولا تسترق الحرة المرتدة ما دامت في دار الإسلام فإن لحقت بدار الحرب فحينئذ تسترق إذا سبيت، وعن أبي حنيفة في النوادر تسترق في دار الإسلام أيضاً قيل: ولو أفتي بهذه لا بأس به فيمن كانت ذات زوج حسماً لقصدها السيئ بالردة من إثبات الفرقة وينبغي أن يشتريها الزوج من الإمام له،

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) هو حماد بن أبي سليمان فقيه العراق صاحب إبراهيم الحنفي روى عنه تلميذه الإمام أبو حنيفة. توفي سنة (١٢٠هـ). انظر شذرات الذهب (١/١٥٧)، وسير أعلام النبلاء (٥/٢٣١).

مبالغة في الحمل على الإسلام **ولو قتلها قاتل لا يجب عليه شيء** للشبهة، **والأمة يجبرها مولاها لما فيه من الجمع بين الحقين** بأن يجعل منزل المولى سجناً لها ويفوض التأديب إليه مع توفير حقه في الاستخدام وقال في الأصل دفعت إليه إذا احتاج إليها والصحيح أنها تدفع إليه احتاج أو لم يحتج طلب أو لم يطلب لأن الحبس تصرف فيها وذاك إلى المولى.

قال رحمه الله: (ويزول ملك المرتد عن ماله زوالاً موقوفاً فإن أسلم عاد ملكه **وإن مات أو قتل على ردته** ورث كسب إسلامه وارثه المسلم بعد قضاء دين إسلامه وكسب ردته فيء بعد قضاء دين ردته) وهذا عند أبي حنيفة، **وعندهما لا يزول ملكه** لأن تأثير الردة يظهر في إباحة دمه لا في زوال ملكه **كالمحكوم عليه بالرجم والقود**، ولأنه مكلف فيكون كامل الأهلية وذلك ببقاء ملكه ولأنه لا يمكنه القيام بما كلف به إلا ببقاء ملكه فيبقى ملكه ضرورة التمكين وله أن الملك عبارة عن القدرة والاستيلاء وإنما يكون ذلك باعتبار العصمة، وقد زالت عصمة نفسه بالردة لأنه يصير بها حربياً حتى يقتل وكذا عصمة ماله لأنه تبع لها ولأنه هالك حكماً فصار كالهالك

أو يهبها الإمام إذا كان مصرفاً لأنها صارت بالردة فيئاً للمسلمين لا يختص بها الزوج فيملكها وينفسخ النكاح بالردة وحينئذ يتولى هو حبسها وضربها على الإسلام فيرتد ضرر قصدها عليها قيل: وفي البلاد التي استولى عليها التتر وأجروا أحكامهم فيها وقهروا المسلمين كما وقع في خوارزم وغيرها إذا استولى عليها الزوج بعد الردة ملكها لأنها صارت دار حرب في الظاهر من غير حاجة إلى أن يشتريها من الإمام، وقد أفتى الدبوسي وبعض أهل سمرقند بعدم وقوع الفرقة بالردة رداً عليها وغيرهم مشوا على الظاهر ولكن حكموا بجبرها على تجديد النكاح مع الزوج وتضرب خمسة وسبعين سوطاً واختاره قاضيخان للفتوى اهـ فتح. **قوله: (ولو قتلها قاتل لا يجب عليه شيء إلخ)** سواء كانت حرة أو أمة ذكره في المبسوط اهـ كي. **قوله: (والأمة يجبرها مولاها لما فيه من الجمع بين الحقين)** بخلاف العبد المرتد لا فائدة في دفعه إليه لأنه يقتل ولا يبقى ليمكن استخدامه اهـ فتح. وكتب ما نصه: وهو حق المولى من الاستخدام وحق الشرع وهو الجبر على الإسلام اهـ كاكي. **قوله: (وإن مات أو قتل على ردته إلخ)** قال الإتقاني: فلو قال: وإن مات أو قتل على ردَّته أو لحق بدار الحرب فحكم بلحاقه كان أولى لأن حكم الحاكم بلحاقه مثل موته ولهذا صرح بذكره الكرخي في مختصره اهـ **قوله: (وعندهما لا يزول ملكه إلخ)** أي إلا أن أبا يوسف جعل تصرفه بمنزلة من وجب عليه القصاص وجعله محمد بمنزلة المريض اهـ إتقاني. **قوله: (كالمحكوم عليه بالرجم والقود)** أي وإذا كان كذلك حكمه حكم من وجب عليه القصاص فتعتبر تبرعاته من جميع المال وقال محمد هو معرض للتلف إذا كان لكل

حقيقة غير أنه يدعى إلى الإسلام بالإجبار عليه ويرجى عوده إليه لوقوفه على محاسنه فلم يتم سبب الزوال فتوقفنا في أمره **فإن أسلم جعل كأن لم يزل مسلماً فلم يعمل السبب** عمله **فإن مات أو قتل في ردته** استقر كفره فعمل السبب عمله وزال ملكه وانتقل ما اكتسبه في إسلامه إلى ورثته المسلمين وما اكتسبه في حال ردته فيء عملاً بالدليلين، وعندهما كلاهما لورثته المسلمين إن فضل من الدين **وقال الشافعي: كلاهما فيء** لأن المسلم لا يرث الكافر لا سيما المرتد فإنه لا يرث أحداً فوجب أن لا يرثه أحد كالرقيق وهذا لأن اتحاد الملة سبب الإرث واختلافها سبب الحرمان وهذا لا يرثه موافقه فمخالفه أولى فإذا انتفت الوراثة وهي مال حربي لا أمان له فيكون فيئاً للمسلمين، ولنا أنه كان مسلماً مالكاً لماله فإذا تم هلاكه يخلفه وارثه في ماله كما لو مات مسلماً **وهذا لأن الردة هلاك** إلا أن تمامه بالموت والقتل، فإذا تم استند التوريث إلى أول الردة، وقد كان مسلماً عند ذلك فيخلفه وارثه المسلم فيه فيكون توريثاً من المسلم إذ الحكم عند تمام سببه يثبت من أول السبب **كالبيع بشرط الخيار** إذا أجيز ثبت الملك فيه من وقت العقد حتى يستحق المبيع بزوائده المتصلة والمنفصلة، ولهما أن ملكه في الكسبين بعد الردة باق لما ذكرنا فينتقل إلى ورثته بموته فيستند / إلى ما قبيل ردته فيكون توريث المسلم من المسلم ويمكن استناد [٩٩ ب/٢] كسب الردة إلى ما قبل الردة نظراً إلى سبب الكسب وهو نفسه فجعل كأن الكسب موجود وله أن استناد التوريث إلى أول الردة في كسب الإسلام ممكن لوجوده عندها، ولا يمكن استناد التوريث في كسب الردة لعدمه عندها ومن شرط الاستناد أن يكون موجوداً عنده فلو ثبت فيه حكم التوريث لثبت مقتصراً على الحال وهو

أحد قتله فلا ضمان فصار حاله أنحس من حال المريض فاعتبر تصرفه من الثلث وجوابه من جهة أبي يوسف أن المرتد يتمكن من دفع الهلاك عن نفسه بالإسلام بخلاف المريض اهـ إتقاني. **قوله**: (**فإن أسلم جعل كأن لم يزل مسلماً**) أي في حق هذا الحكم اهـ هداية، قيد به لأن في إحباط عمله من الطاعات كلها وفي وقوع الفرقة بينه وبين امرأته وفي فرضية تجديد الإيمان لم يكن ارتداده كأن لم يكن بل حبط عمله اهـ كاكي. وقوله: في حق هذا أي وهو زوال الملك اهـ **قوله**: (**فلم يعمل السبب**) أي السبب المزيل للملك وهو الردة اهـ كاكي. **قوله**: (**فإن مات أو قتل في ردته**) أي ولحق بدار الحرب وحكم بلحاقه لأن حكم الحاكم باللحاق مثل موته كما سيأتي اهـ **قوله**: (**وقال الشافعي: كلاهما فيء**) أي وبه قال مالك وأحمد اهـ كاكي. **قوله**: (**وهذا لأن الردة هلاك**) أي موت حكماً لا حقيقة ولهذا تعتد امرأة المرتد بثلاث حيض لا بأربعة أشهر وعشر لأن زوجها حي حقيقة اهـ **قوله**: (**كالبيع بشرط الخيار**) أي للمشتري أو للبائع كما يأتي في باب الرجوع عن الشهادة وفي كتابة العبد

كافر عند الاكتساب، والمسلم لا يرث الكافر، ثم اختلفت الروايات عن أبي حنيفة فيمن يرث المرتد فروى الحسن عنه أنه يرثه من كان وارثاً له وقت ردته وبقي كذلك إلى وقت موته أو قتله **أو القضاء بلحاقه** حتى لو مات وارثه قبله أو حدث له وارث آخر بعد ارتداده بعتق أو إسلام أو علوق حادث لا يرث لأن السبب لا يعتبر إلا في حق من انعقد له ويشترط بقاؤه إلى وقت تمام السبب لأنه أوان الاستحقاق به كما في البيع الموقوف حيث يشترط فيه بقاء المبيع والمتعاقدين **وروى أبو يوسف عنه أنه يعتبر وجوده وقت الردة ولا يبطل** بموته أو بشيء آخر قبل موت المرتد لأن ردته في حكم الموت **فلا تعتبر إلا عندها**، وروى محمد عنه أنه يعتبر كونه وارثاً عند موت المرتد أو قتله أو القضاء بلحاقه وهو الأصح لأن الحادث بعد انعقاد السبب قبل تمامه كالموجود عند ابتداء السبب، ألا ترى أن الزيادة التي تحدث من المبيع قبل القبض تجعل كالموجود عند ابتداء العقد حتى إذا قبضه مع الأصل صار له حصة من الثمن وترثه امرأته المسلمة، إذا مات أو قتل أو قضي عليه باللحاق وهي في العدة **لأنه صار فاراً بالردة** إذ الردة بمنزلة المرض **لأنها سبب الموت** فيتعلق حقها بماله، وينبغي أن يرث على رواية أبي يوسف عن أبي حنيفة رضي الله عنه إذا مات أو قتل أو قضي عليه باللحاق بعد انقضاء عدتها أو ارتد قبل الدخول بها لأنه لا يشترط أن يكون وارثاً إلا عند الردة في تلك الرواية فلا معنى لا شتراط قيام العدة عند الموت،

المشترك اهـ **قوله**: (**أو القضاء بلحاقه**) قال الإتقاني: فلا يرث الوارث إذا ارتد بعد ردة أبيه قبل موته على هذه الرواية اهـ **قوله**: (**وروى أبو يوسف عنه أنه يعتبر وجوده وقت الردة**) وهذا قول زفر كذا في الشامل. قال الكرخي في مختصره: من كان من الورثة حراً مسلماً يوم ارتد فله الميراث، ومن كان من ورثته كافراً أو عبداً يوم ارتد فعتق بعد الردة قبل أن يقتل أو أسلم الكافر بعد الردة قبل القتل فلا ميراث له، لأنه لم يكن وارثاً يوم ارتد ولو كان وارث المرتد مسلماً يوم ارتد فارتد الوارث بعد ردة أبيه قبل أن يقتل أو يموت أو يلحق بدار الحرب أو بعد ذلك قبل أن يحكم بلحاقه فله الميراث لأنه كان وارثاً يوم ارتدَّ ولا يعتبر بما حدث بعد ذلك وهذا قول أبي حنيفة واعتمد هو على هذه الرواية حيث لم يذكر لأبي حنيفة قولاً آخر في مختصره اهـ **قوله**: (**ولا يبطل**) أي استحقاقه اهـ **قوله**: (**فلا تعتبر إلا عندها**) أي ومن مات من الورثة بعد موت مورثه قبل قسمة الميراث لا يبطل استحقاقه ولكن يخلفه وارثه فيه وهذا مثله اهـ دراية. **قوله**: (**أو قتله أو القضاء بلحاقه**) أي سواء كان موجوداً عند الردة أو حدث بعدها اهـ كاكي. **قوله**: (**لأنه صار فاراً بالردة**) أي وإن كان صحيحاً وقت الردة اهـ **قوله**: (**لأنها سبب الموت**) وهذا يعضد قول محمد فإن عنده ينفذ تصرفه كما ينفذ من المريض، أما إذا كان وقت الردة مريضاً فلا إشكال فيه كذا في الفوائد

والمرتدة لا يرثها زوجها لأنها لا تقتل فلم يتعلق حقه بمالها والزوجية قد انقطعت بالارتداد إلا أن تكون مريضة فيرثها لأن حقه تعلق بمالها في مرضها فتصير فارة بالارتداد كتقبيلها ابن الزوج أو فسخها النكاح بخيار البلوغ ونحوه ويرثها أقاربها جميع مالها حتى الكسب في ردتها لأنه **لا حراب منها** فلم يوجد سبب الفيء بخلاف المرتد عند أبي حنيفة على ما بينا.

قال رحمه الله: (وإن حكم بلحاقه عتق مدبره وأم ولده وحل دينه) لأنه باللحاق صار من أهل الحرب وهم أموات في حق أحكام أهل الإسلام لانقطاع ولاية الإلزام كما انقطعت عن الموتى فصار كالموت إلا أنه لا يستقر لحاقه إلا بحكم الحاكم لاحتمال أن يعود إلينا فلا بد من القضاء، وفيه خلاف الشافعي بناء على أنه لا تختلف الدار عنده إذ الدنيا كلها دار واحدة ونحن قد بينا المعنى فيه فإذا ثبت أنه موت ثبتت أحكام الموتى من عتق المدبر وأم الولد وحلول الدين الذي عليه فيقضى كل دين من الكسب في تلك الحالة من الردة والإسلام على ما تقدم لأن المستحق بالسببين مختلف وحصول كل واحد من الكسبين باعتبار سببه الذي وجب فيه

الظهيرية اهـ كاكي. **قوله**: (**والمرتدة لا يرثها**) أي والمرأة المرتدة ترث من زوجها المرتد في قولهم جميعاً والرجل المسلم يرث من امرأته المرتدة إذا ماتت قبل انقضاء العدة استحساناً ولا يرث قياساً وهو قول زفر، ولزوج المرتدة أن يتزوج بأختها وأربع سواها إذا لحقت بالدار كأنها ماتت فإن خرجت إلى دار الإسلام بعد ذلك مسلمة لا يفسد نكاح أختها، وإذا ارتدت المعتدة ولحقت بدار الحرب وقضى القاضي بإلحاقها بطلت عدتها لتباين الدارين وانقطاع العصمة كأنها ماتت فإن رجعت بعد ذلك إلينا مسلمة قبل انقضاء مدة العدة أو الحيض قال أبو يوسف: لا تعود معتدة وقال محمد: تعود معتدة كما كانت اهـ قاضيخان رحمه الله. وكتب ما نصه: تحقيقه أن عصمة المال تابعة لعصمة النفس ثبوتاً وسقوطاً فبارتداد الرجل تسقط عصمة النفس لكونه حرباً علينا فيقتل وتسقط عصمة المال أيضاً تبعاً لها فيكون كسب الارتداد أيضاً فيئاً عند أبي حنيفة كمال حربي مقهور في أيدينا، أما ارتداد المرأة فلا تسقط به عصمة النفس لأنها لا تقتل لعدم الحراب فلا تسقط عصمة المال أيضاً لأن كسبها في الردة ميراث بين ورثتها المسلمين ككسبها في الإسلام اهـ إتقاني. **قوله**: (**لا حراب منها**) معنى هذا أن عصمة المال تبع لعصمة النفس فبالردة لا تزول عصمة نفسها حتى لا تقتل فكذا لا تزول عصمة مالها فكان الكسبان ملكها فيكون ميراثاً لورثتها بخلاف المرتد عند أبي حنيفة فإن كسبه في الردة فيء لكونه محارباً في الحال أو في المآل باللحاق اهـ كاكي. (فرع) قال قاضيخان رحمه الله: ولا يجوز استرقاقه بعد ما لحق بدار الحرب مرتداً ثم أخذه المسلمون أسيراً ويجوز استرقاق

الدين فيقضى كل دين من الكسب في تلك الحالة ليكون الغرم بالغنم، هذه رواية أبي حنيفة وعنه أنه يبدأ بكسب الإسلام في قضاء الدينين فإن لم يف بذلك يقضى من كسب الردة لأن كسب الإسلام ملكه حتى يخلفه الوارث فيه، ومن شرط هذه الخلافة الفراغ عن حق الميت فيقدم/ الدين عليه، أما كسب الردة فليس بمملوك له [١٠٠/أ/٢] لبطلان أهلية الملك بالردة عنده فلا يقضى دينه منه إلا إذا تعذر قضاؤه من محل آخر فحينئذ يقضى دينه به كالذمي إذا مات ولا وارث له يكون ماله لجماعة المسلمين ولو كان عليه دين يقضى منه، كذا هذا وعنه أنه يبدأ بكسب الردة فإن لم يف بذلك يقضى من كسب الإسلام لأن كسب الإسلام حق الورثة وكسب الردة خالص حقه فكان قضاء الدين منه أولى إلا إذا تعذر بأن لم يف به فحينئذ يقضى من كسب الإسلام تقديماً لحقه وعندهما تقضى ديونه منهما لأن الكل ملكه حتى يجري الإرث فيهما ويعتبر كونه وارثاً عند لحاقه في قول محمد لأن اللحاق هو السبب والقضاء لتقرره لقطع الاحتمال وقال أبو يوسف: يعتبر وقت القضاء لأنه يصير موتاً بالقضاء والمرتدة إذا لحقت بدار الحرب فهي على هذا لما ذكرنا وبطلت عنها العدة لأنها صارت كالموتى ولا عدة على الأموات ولزوجها أن يتزوج أختها وأربعاً سواها من ساعته لانعدام العدة عليها كالميتة، وإن عادت مسلمة أو سبيت لم ينتقض نكاح الأخت والأربع لأن نكاحها لا يعود ولها أن تتزوج من ساعتها لعدم العدة عليها ولو ولدت في دار الحرب لأقل من ستة أشهر من وقت الردة ثبت نسبه من الزوج وإن كان لأكثر لا يثبت ويسترق الولد تبعاً لها وكذا يجبر على الإسلام لما قلنا.

قال رحمه الله: (**وتوقف مبايعته وعتقه وهبته** فإن أمن نفذ وإن هلك بطل) وهذا عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد يجوز تصرفه في الوجهين لأن صحة التصرف تعتمد الأهلية وهي تثبت بالخطاب وهو بالعقل ونفاذ التصرف يعتمد الملك وهو ثابت ولو زال الملك لزال إلى ورثته ولم يقل به أحد ولهذا لا تنفذ تصرفاتهم في ماله، ألا ترى أنه لو ولد له ولد بعد الردة لستة أشهر فصاعداً من امرأة مسلمة أو أمة مسلمة يرثه ولو مات ولده قبل حكم القاضي بلحاقه لا يرثه فدل على قيام ملكه فيصح تصرفه وينفذ، ثم اختلفا فيما بينهما فعند أبي يوسف يصح مثل ما يصح من الصحيح لأن الظاهر عوده إلى الإسلام إذ الشبهة تزاح فلا يقتل فصار كالمرتدة ولا يجعل كالمشرف على الهلاك، وعند محمد رحمه الله يصح كما يصح من المريض لأنه لا يرجع إلى الإسلام ظاهراً فيقتل لأن من انتحل إلى نحلة قل ما يتركه لا سيما إذا

المرتدة بعد ما لحقت بدار الحرب اهـ **قوله في المتن: (وتوقف مبايعته وعتقه وهبته)** أي

كان معرضاً عما نشأ فيه فيفضي إلى القتل ظاهراً بخلاف المرتدة **لأنها لا تقتل** ولأبي حنيفة أنه حربي مقهور في أيدينا حتى يقتل وكونه حربياً مقهوراً سبب لزوال ملكه ومالكيته وبطلان تصرفاته غير أن الإسلام مرجو منه لبقاء الإجبار على الإسلام فقلنا بتوقف تصرفاته لتردد حاله بين القتل والإسلام بخلاف حربي دخل دارنا بغير أمان لأنه صار فيئاً بدخوله دارنا بغير أمان ولهذا لا يملكه من أخذه بل يرده إلى بيت المال لأنه كما دخل دارنا وقع في أيدي المسلمين لأن لهم يداً في الدار **فيرده إلى مالهم، [أي المسلمين]**(١) **وبخلاف المقضي عليه بالقود والرجم** لأن القتل لم يجب هناك لزوال سبب العصمة، **ولهذا لو قتله قاتل غير من له القتل يجب فيه القصاص**، وإنما هو جزاء على الجناية فلم يوجب خللاً فيه وبخلاف المرتدة لأنها لا تقتل فلم يثبت لها حكم أهل الحرب حتى تلتحق بدار الحرب فتصير حربية حينئذ. ثم اعلم أن تصرفات المرتد على أربعة أقسام: نافذ بالاتفاق **كالاستيلاد والطلاق** وقبول الهبة وتسليم

وكتابته وقبض الديون والإجارة والوصية اهـ إتقاني رحمه الله. **قوله**: (**لأنها لا تقتل**) أي فلهذا كانت عقود المرتدة كلها جائزة إلا مفاوضتها فإنها موقوفة إن أسلمت صحت وإلا صارت عناناً كما قالا في المرتد كذا قال الإمام الإسبيجابي اهـ إتقاني رحمه الله. (فرع) أجمع أصحابنا على أن الردة تبطل عصمة النكاح وتقع الفرقة بينهما بنفس الردة وعند الشافعي لا تقع الفرقة إلا بقضاء القاضي اهـ قاضيخان رحمه الله. **قوله**: (**فيرده إلى مالهم أي المسلمين**) كذا من خط الشارح. **قوله**: (**بخلاف المقضي عليه بالقود والرجم إلخ**) أخذه من النهاية فراجعها اهـ **قوله**: (**ولهذا لو قتله قاتل غير من له القتل يجب فيه القصاص**) أي يجب القصاص لولي القاتل على قاتل القاتل إذا كان قتله عمداً ولا يجب على قاتل القاتل شيء من الدية لولي المقتول الأول كما نص عليه في المنار بقوله: والقصاص لا يضمن بقتل القاتل وانظر ما كتبته في الجنايات اهـ وكتب ما نصه: أي بغير إذنه اهـ نهاية. ذكر الشارح في الحدود قبيل باب الشهادة على الزنا أن حقوق العباد كالقصاص والأموال حق الاستيفاء فيها لمن له الحق ولا يشترط فيه القضاء بل لو استوفاه صاحبه جاز وإنما يحتاج إلى الإمام ليمكنه من ذلك لأنه قادر عليه بالمنعة والإمام فيه كغيره حتى لو استوفاه صاحبه من غير حكم حاكم جاز له ذلك وبه يندفع ما عسى أن يقال: كيف يقتل قاتل القاتل وقد قضي بقتله ووجه الدفع أن يقال: القضاء في هذا إنما هو إعانة لمن وجب عليه القصاص ولم يثبت القضاء له حقاً لم يكن ثابتاً بل حقه كان ثابتاً قبل القضاء ولهذا كان له أن يستوفيه قبل القضاء هذا ما ظهر لي والله الموفق اهـ **قوله**: (**كالاستيلاد والطلاق**) فإن قلت: كيف نفذ طلاق المرتد وبمجرد الردة تبين المرأة قلت: هذا ليس بممتنع ألا ترى أن المسلم إذا

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من المطبوع.

الشفعة والحجر على عبده المأذون لأنها لا تستدعي الولاية ولا تعتمد حقيقة الملك/ [١٠٠ب/٢] حتى صحت هذه التصرفات من العبد مع قصور ولايته، وباطل بالاتفاق كالنكاح والذبيحة والإرث لأنها تعتمد الملة ولا ملة له، وموقوف بالاتفاق كالمفاوضة والتصرف على ولده الصغير ومال ولده لأنها تعتمد المساواة **ولا مساواة بين المسلم والمرتد ما لم يسلم**، ومختلف في توقفه وهو ما بيناه بدليله.

قال رحمه الله: (وإن عاد مسلماً بعد الحكم بلحاقه فما وجده في يد وارثه أخذه وإلا لا) أي إن لم يجده فليس له أن يضمنه بعد ما تصرف فيه الوارث، وإنما يأخذ عين ماله لأن الوارث كان خلفه لاستغنائه عنه فإذا عاد ظهرت حاجته، وبطل حكم الخلف ولو عاد بعد الموت الحقيقي كان حكمه كذلك ثم إنما يعود إلى ملكه بقضاء أو برضا من الوارث لأنه دخل في ملكه بحكم شرعي فلا يخرج عن ملكه إلا بطريقه ولهذا ليس له أن يضمنه بعد ما أخرجه عن ملكه أو أتلفه ولا سبيل له على أمهات أولاده ومدبريه لأن القاضي قضى بعتقهن عن ولاية شرعية فلا يمكن نقضه ولو جاء مسلماً قبل أن يقضي القاضي بذلك لم يخرج عن ملكه فكأنه لم يزل مسلماً ومدبروه وأمهات أولاده على ملكه ونظيره العبد المبيع إذا أبق قبل القبض فإن عاد بعد القضاء بالفسخ لا يبطل القضاء وتم الفسخ وإن عاد قبل القضاء به فالبيع صحيح على حاله فكأنه لم يأبق.

قال رحمه الله: (ولو ولدت أمة له نصرانية لستة أشهر منذ ارتد فادعاه فهي أم ولده وهو ابنه حر **ولا يرثه** ولو مسلمة ورثه الابن إن مات على الردة أو لحق بدار الحرب) **أما صحة الاستيلاد فلما بينا** وأما امتناع الإرث مع ثبوت نسبه منه فلأن الأم **إذا**

أبان امرأته ثم طلقها في عدتها جاز فكذا هذا، والدليل على هذا أن الرجل إذا وكل وكيلاً على طلاق امرأته فارتدَّ الزوج أو ارتدت فطلاق الوكيل يقع عليها ما دامت في العدة والمسألة منصوصة في شرح الكافي وسنبينها إن شاء الله تعالى في آخر كتاب الوكالة ويمكن أن لا تقع البينونة أيضاً بالردة كما إذا ارتد الزوجان معاً ثم طلقها بعد الردة فلا يرد السؤال أصلاً اهـ إتقاني. **قوله: (ولا مساواة بين المسلم والمرتد ما لم يسلم)** أي إلا أن عندهما إن مات أو قتل صارت عناناً، كذا في شرح الطحاوي اهـ إتقاني. **قوله: (ولا يرثه)** أي لو مات المرتد أو قتل لا يرثه هذا الولد اهـ **قوله: (أما صحة الاستيلاد فلما بينا)** قال الإتقاني: ثم اعلم أن دعواه الولد صحيحة على قولهما بلا إشكال لأن عقود المرتد عندهما جائزة فكذلك دعوته، أما أبو حنيفة فإنه جعل عقوده موقوفة لكن جعل دعوته صحيحة لأن الاستيلاد لا يفتقر إلى حقيقة الملك بل يثبت بتأويل الملك، ألا ترى أن العبد المأذون إذا ادَّعى النسب من الجارية التي من تجارته جاز وكذلك الأب إذا ادَّعى ولد

كانت نصرانية يكون الولد مرتداً **تبعاً لأبيه** لأنه أقرب إلى الإسلام منها لكونه يجبر على الإسلام دونها والمرتد **لا يرث أحداً**، وهذه فائدة تقييده بستة أشهر وبكونها نصرانية لأنه لو ولدته لأقل من ستة أشهر أو كانت الأمة مسلمة يرث، أما الأول فلتيقننا بوجوده في البطن قبل الردة **فيكون مسلماً تبعاً للأب** بخلاف ما إذا جاءت به لستة أشهر لأنا لم نتيقن بوجوده عند الردة حتى يكون مسلماً تبعاً له، ولا يمكن أن يجعل تبعاً للدار حتى يكون مسلماً **لأن تبعية الدار لا تظهر مع الأبوين** بخلاف الولد الصغير إذا ارتد أبواه **حيث يجعل مسلماً تبعاً للدار** ما لم يلحقا به دار الحرب لأنه ثبت له حكم الإسلام قبل ردتهما **فيبقى على تلك الصفة** ما لم يلحقا به دار الحرب بخلاف ما نحن فيه، **فإنه لم يثبت له حكم الإسلام**. وأما الثاني وهو ما إذا كانت الأمة مسلمة فالولد مسلم تبعاً لها إذ هي خيرهما ديناً والمسلم يرث المرتد ولكن لا يتصور هذا على قول أبي حنيفة إلا في الرواية التي رواها عنه محمد فإنه يعتبر كونه وارثاً فيها وقت الموت أو القتل أو القضاء باللحاق وأما على الروايتين الأخريين فلا يتصور أن يرث لعدم كونه وارثاً عند الردة.

قال رحمه اللّه: (وإن لحق المرتد بماله فظهر عليه **فهو فيء**) يعني ليس لورثته

جارية ابنه يثبت النسب وتأويل المرتد أكثر من تأويلهما فإذا ثبت النسب يثبت التفريع المذكور في إرثه وعدمه اهـ (فرع) قال السرخي في مبسوطه أولاد أهل الذمة لا يحكم بإسلامهم إذا مات آباؤهم لأن الموت لا يقطع العصمة وقال في البدائع :ولا تنقطع تبعية الأبوين بموتهما لأن بقاء الأصل ليس بشرط لبقاء الحكم في التبع، وهكذا قال في المحيط وقاضيخان اهـ **قوله**: (**إذا كانت نصرانية**) أي أو يهودية اهـ إتقاني. **قوله**: (**تبعاً لأبيه**) أي لا لأمه اهـ إتقاني. قوله: (**لا يرث أحداً**) أي لا من المرتد ولا من المسلم اهـ إتقاني. **قوله**: (**فيكون مسلماً** تبعاً للأب) أي والمسلم يرث المرتد اهـ **قوله**: (**لأن تبعية الدار لا تظهر مع الأبوين**) يعني أن تبعية الدار لا تظهر إلا إذا لم يكن معه أحد أبويه، أما إذا كان فلا وقد مر ذلك في باب الجنائز اهـ **قوله**: (**حيث يجعل مسلماً تبعاً للدار**) أي ولا يعتبر مرتداً تبعاً لهما اهـ **قوله**: (**فيبقى على تلك الصفة**) أي يبقى على إسلامه بتبعية الدار وقد قال الإتقاني: فإن قلت: هذا ينتقض بما إذا ارتدّ الأبوان المسلمان ولهما ولد طفل ولد قبل ردتهما فإنه يبقى مسلماً تبعاً للدار ولا يعتبر مرتداً تبعاً لهما قلت :لا نسلم أنه يبقى مسلماً تبعاً للدار بل هو كان مسلماً تبعاً لأبويه فيبقى على ما كان بعد ردتهما اهـ وهو يؤيد ما قلناه اهـ **قوله**: (**فإنه لم يثبت له حكم الإسلام**) أي أصلاً فجعل تبعاً لأبيه المرتد لقربه إلى الإسلام اهـ **قوله في المتن**: (**فهو فيء**) أي لأنه مال حربي فيكون حكمه كسائر أموال أهل الحرب ولا حق للورثة فيه لتباين الدارين فإن قلت: المال تابع للنفس ونفس المرتد لا يكون فيئاً فينبغي

عليه سبيل لأن ملكهم فيه غير ثابت حيث ألحقه معه ابتداء فسقطت عصمته باللحاق، وكذا عصمة ماله لأنه تبع للنفس فيكون ماله فيئاً إذا وقع في الغنيمة لا سبيل لورثته فيه وكذا إن أخرجه تاجر لما ذكرنا بخلاف نفسه حيث لا تكون فيئاً **لأن [المرتد]**(١) **لا يسترق** على ما بينا من قبل.

قال رحمه الله: (**فإن رجع وذهب بماله وظهر عليه فلوارثه**) يعني لوارثه أخذه لأنه لما لحق بدار الحرب ملكته الورثة فللمالك القديم/ أن يأخذ ماله قبل القسمة [١٠١/أ٢] بغير شيء وبعدها أو من التاجر بالعوض على ما بينا ومراده إذا رجع بعد حكم الحاكم بلحاقه، وأما إذا رجع قبل الحكم به وأخذ ماله ولحق ثانياً فلا سبيل لورثته على ذلك المال لأنهم لم يملكوه قبل حكم الحاكم بلحاقه على ما بينا غير مرة، وقال في النهاية :في ظاهر الرواية وهو جواب هذا الكتاب يعني الهداية يرد على الورثة أيضاً لأنه متى لحق بدار الحرب فالظاهر أنه لا يعود فكان ميتاً ظاهراً وهذا مشكل لأن الملك للورثة لا يثبت إلا بالقضاء فكيف يثبت هنا، وقال في الكافي: القضاء مرجح جانب عدم الرجوع إلى دارنا فيتقرر موته، ولما خرج إلينا معتزاً ورجع بماله ظهر أنه لا

أن يكون المال الذي في يده كذلك قلت: لا يلزم من عدم جريان الفيء على النفس عدم جريان الفيء على المال، ولهذا لا يجري الفيء على مشركي العرب ويجري الفيء على أموالهم ونسائهم وأولادهم فكذا المرتد اهـ إتقاني. **قوله**: (**لأن المرتد لا يسترق**) أي بخلاف المرتدة على ما سيأتي في قوله: ولو ارتدَّ الزوجان اهـ **قوله في المتن**: (**فإن رجع**) أي إلى دار الإسلام اهـ **قوله في المتن**: (**وذهب بماله**) أي إلى دار الحرب اهـ **قوله في المتن**: (**وظهر عليه فلوارثه**) قال الإتقاني: أما إذا رجع بعد اللحاق بدار الحرب ثم ظهر على ذلك المال فهو لورثته إذا وجدوه قبل القسمة بغير شيء وإن وجدوه بعد القسمة فهو لهم بالقيمة إلا إذا كان مثلياً فإنهم لا يأخذونه إذ لا فائدة في أخذه بالمثل، كذا في شرح الطحاوي وهم في ذلك بمنزلة رجل أجنبي يأخذ العدو ماله ثم يظهر المسلمون عليه. كذا قال الكرخي في مختصره وقال فخر الإسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير: هذا لا يشكل إلا إذا رجع بعد قضاء القاضي فأما قبل القضاء فجواب هذا الكتاب لا يفصل بين الحالين في رد المال على الورثة لأنه رتب حكم الرد على مطلق اللحاق بدون قضاء القاضي باللحاق ووجهه أنه متى لحقه فالظاهر أنه لا يعود فكان ميتاً حكماً ثم قال فخر الإسلام: وفي بعض روايات السير: وقال: لا حق للورثة فيه فيكون فيئاً ووجه ذلك أن الحق إنما يثبت بالقضاء يعني أن الحق للورثة لا يثبت إلا بقضاء القاضي وقال الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير: هذا إذا رجع بعد القضاء من القاضي بلحوقه وجعل ماله لورثته لأن القاضي

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من المطبوع.

يريد العود إلى دارنا فيتقرر موته من حين اللحوق بدار الحرب فيكون ماله لورثته من ذلك الوقت، وقال في النهاية: وفي بعض روايات السير يكون فيئاً لا حق للورثة فيه لأن الحق للورثة لا يثبت إلا بالقضاء.

قال رحمه الله: (وإن لحق فقضي بعبده لابنه فكاتبه فجاء مسلماً فالمكاتبة والولاء لمورثه) وهو المرتد الذي أسلم لأن ملك الوارث خلف عن ملك المورث لاستغنائه فإذا جاء مسلماً تبين أنه محتاج إليه فيعاد إليه ملكه غير أن الكتابة لا يمكن فسخها **لصدورها عن ولاية شرعية فجعلناه نائباً عنه**، وحقوق العقد فيه ترجع إلى الموكل والولاء لمن يقع العتق عنه نظيره المكاتب إذا كاتب عبده وعجز وفسخت الكتابة الأولى تبقى الكتابة الثانية على حالها ويكون بدل الكتابة وولاؤه لمولاه بخلاف ما إذا رجع بعد أداء الكتابة لأن الملك الذي كان له غير قائم بعده وبخلاف ما إذا باعه لما قلنا، ولا يقال :المكاتب لا يقبل الانتقال فكيف انتقل إلى المرتد الذي أسلم لأنا نقول: هذا ليس بانتقال وإنما هو سقوط ولاية الخلف عند ظهور ولاية الأصل.

قال رحمه الله: (فإن قتل مرتد رجلاً خطأ ولحق) أي بدار الحرب (أو قتل **فالدية في كسب الإسلام**) **خاصة** وهذا عند أبي حنيفة وقالا: الدية فيما اكتسبه في حالة الإسلام والردة جميعاً لأن العواقل لا تعقل المرتد **لعدم النصرة** فيكون في ماله خاصة فماله عندهما المكتسب في حالة الإسلام والردة جميعاً لنفوذ تصرفاته في

إذا قضى بلحوقه فقد صار ماله لورثته، وأما إذا لم يقض القاضي بلحوقه حتى رجع وأخذ فالحكم فيه كالحكم في الذي ذهب به أول مرة فأقول: ينبغي أن يكون ما وقع في الجامع الصغير على مذهب محمد، وما وقع في بعض روايات السير على مذهب أبي يوسف وذلك لأن محمداً يجعل مجرد اللحاق كالموت حتى يعتبر كون الوارث عند اللحاق ولا يجعل أبو يوسف ذلك كالموت بل يجعل القضاء باللحاق كالموت حتى يعتبر كون الوارث عند القضاء لا عند اللحاق اهـ **قوله**: (**لصدورها عن ولاية شرعية**) أي حتى جعل المرتد ميتاً حكماً اهـ إتقاني. **قوله**: (**فجعلناه**) أي الابن اهـ **قوله**: (**نائباً عنه**) أي عن أبيه يعني صار الابن كالوكيل عن أبيه المرتد في التصرف لأن المرتد لما لحق بدار الحرب صار كأنه سلط ابنه على ماله وجعله خلفاً عنه في التصرف فلما عاد ثبت له حكم الأحياء وبطل حكم الموت فلما لم يفسخ كان بدل الكتابة للمرتد الذي أسلم لأن حقوق العقد في الكتابة ترجع إلى الموكل لا إلى الوكيل، وكذلك للمرتد الذي أسلم لأن الولاء لمن أعتق والعتق وقع عنه بخلاف ما إذا أدى بدل الكتابة للوارث فإن الولاء حينئذٍ يكون للوارث لوقوع العتق عنه اهـ إتقاني. **قوله**: (**فالدية في كسب الإسلام خاصة**) وكذلك حكم ما اغتصبه من مال أو أفسده اهـ إتقاني. **قوله**: (**لعدم النصرة**) أي لأن المسلم لا يلزمه نصرة المرتد اهـ **قوله في**

الحالين ولهذا يجري الإرث في الكل عندهما وعنده ماله المكتسب في حالة الإسلام خاصة لنفوذ تصرفه في تلك الحالة دون المكتسب في حالة الردة لتوقف تصرفه فيها، ولهذا كان الأول ميراثاً عنه، والثاني فيئاً وينبغي أن يكون هذا على الروايات المتقدمة عن أبي حنيفة من أنه يبدأ بكسب الردة أو الإسلام أو كل دين يقضى من كسبه في تلك الحالة، هذا إذا قتل أو مات قبل أن يسلم، وأما إذا أسلم ثم مات أو لم يمت يكون في الكسبين جميعاً بالاتفاق لأن الكل ماله ولهذا يجرى الإرث فيه بالاتفاق.

قال رحمه الله: (**ولو ارتد** بعد القطع عمداً **ومات منه أو لحق** وجاء مسلماً فمات منه ضمن القاطع نصف الدية في ماله **لورثته**) أي لو قطعت يد المسلم عمداً فارتد والعياذ بالله ثم مات على ردته من ذلك أو لحق بدار الحرب ثم جاء مسلماً فمات من ذلك **فعلى القاطع نصف الدية من ماله** خاصة، **لأن العاقلة لا تعقل العمد**. أما الأول وهو ما إذا ارتد بعدما قطعت يده ومات من القطع فلأن السراية حلت محلاً غير معصوم **فأهدرت** بخلاف ما إذا قطعت يد المرتد ثم أسلم ومات من ذلك **حيث لا يضمن شيئاً لأن ما أهدر لا يلحقه/ الاعتبار** بخلاف المعتبر فإنه قد يلحقه الإهدار بالإبراء، **فكذا بالردة** فيجب عليه ضمان ما أتلف وهو معصوم وهو اليد دون النفس ونظيره البيع أو الإعتاق حتى لو قطعت يد عبده ثم باعه أو أعتقه لا يضمن الجاني إلا يده، وإن مات بعد الردة عليه بالفسخ لأنه صار مبرئاً له بهذا التصرف، وأما الثاني وهو ما إذا لحق [١٠١ب/٢]

المتن: (**ولو ارتدَّ**) أي المسلم اهـ **قوله في المتن**: (**ومات منه**) أي من القطع اهـ **قوله في المتن**: (**أو لحق**) أي وقضي بلحاقه كما سيجيء اهـ **قوله في المتن**: (**لورثته**) أي لورثة المقطوع يده اهـ **قوله**: (**فعلى القاطع نصف الدية من ماله**) أي ولم تجب دية النفس ولا القصاص في قطع اليد اهـ إتقاني. **قوله**: (**لأن العاقلة لا تعقل العمد**) أما إذا كان خطأ فقال الحاكم في الكافي: هي على عاقلته اهـ إتقاني. **قوله**: (**فأهدرت**) أي فلم تجب دية النفس لأن موتها حصل في حال لا قيمة لها ولم يجب القصاص في اليد لأن اعتراض الردة صار شبهة وهذا لأن الردة لو كانت موجودة عند القطع كانت حقيقة الإباحة قائمة في قطع اليد لوجود المبيح وهو الردة فإذا كانت فائتة ثم اعترضت كانت شبهة فإذا لم يجب القطع وجب دية اليد وهي نصف دية النفس لأن قطع اليد حصل في حال عصمة اليد وهي حالة الإسلام اهـ إتقاني. **قوله**: (**حيث لا يضمن شيئاً**) أي أصلاً لأن قطع اليد حصل في زمان لا قيمة لها لعدم العصمة اهـ **قوله**: (**لأن ما أهدر لا يلحقه الاعتبار**) أي أصلاً فلهذا لم يعتبر زمان السراية اهـ **قوله**: (**فكذا بالردة**) والتحقيق هنا أن نقول: إن فوت العصمة يوجب الهدر لا محالة وقيام العصمة لا يوجب الضمان لا محالة كما إذا قطع بأمره فلم يكن اعتراض

---

(١) ما بين معكوفتين وردت في المخطوط [مسلماً].

بدار الحرب بعد الردة وقضى القاضي بلحاقه فلأنه صار ميتاً تقديراً والموت يقطع السراية وإسلامه حياة حادثة تقديراً فلا يعود حكم الجناية الأولى وإذا لم يقض القاضي بلحاقه حتى عاد مسلماً ثم مات من القطع **فهو بمنزلة موته [مرتداً]**(١) قبل أن يلحق بدار الحرب وفيه خلاف محمد وزفر على ما نبينه إن شاء الله تعالى لأن حكم الالتحاق لا يثبت إلا بحكم الحاكم.

قال رحمه الله: (**وإن لم يلحق وأسلم ومات ضمن الدية**) أي كاملة وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف **وقال محمد وزفر: يضمن نصف الدية لأن اعتراض الردة أهدر السراية** فلا تنقلب بالإسلام معتبرة وهذا لأن الردة معنى لو مات عليها لا يجب بالسراية شيء، فكذا إذا لم يمت عليها فصار كعبد قطعت يده ثم باعه المولى ثم اشتراه أو تقايلا ثم مات لم يجب على القاطع إلا دية اليد كما لو مات في يد المشتري لما ذكرنا، ولأنه بالردة أهدر دمه فصار مبرئاً له عن ضمان النفس كما إذا باع عبده بعد القطع على ما ذكرنا، ولهما أن الجناية وردت على محل معصوم **وتمت على محل معصوم** فتوجب كل الدية، كما لو لم تتخلل الردة بينهما، وهذا لأنه لا معتبر لقيام العصمة في حال بقاء الجناية وإنما المعتبر قيامها في حال انعقاد السبب وفي حال

العصمة دافعاً لصفة الهدر. **قوله**: (**فهو بمنزلة موته مرتداً الخ**) قال الإتقاني: هذا إذا ارتدّ المقطوع يده، أما إذا ارتدّ القاطع فقتل ومات المقطوع يده منه مسلماً فقال في الشامل في قسم المبسوط: إن كان عمداً فلا شيء عليه لأن القاتل مات وإن كان خطأ فعلى عاقلته دية النفس لأن الجناية انعقدت موجبة للقتل لأن الجاني كان مسلماً يوم الجناية لا جرم لو كانت الجناية في حال ردته كانت في ماله اهـ قال الكمال: فلو كان القاطع هو الذي ارتد ففي المبسوط فإن قتل أو مات المقطوع يده من القطع مسلماً فإن كان عمداً فلا شيء له لأن الواجب القصاص وقد فات محله يعني حين قتل على ردته أو مات وإن كان خطأ فعلى عاقلة القاطع دية النفس لأن عند إيجابه كان مسلماً وجناية المسلم خطأ على عاقلته وتبين بالسراية أن جنايته كانت قتلاً فكانت على عاقلته ولو كانت الجناية منه حال الردة كانت الدية في الخطأ في ماله لما بينا أن المرتد لايعقل جنايته أحد اهـ **قوله في المتن**: (**وإن لم يلحق وأسلم**) أي بعد الارتداد اهـ **قوله**: (**ومات**) أي من القطع اهـ **قوله**: (**ضمن الدية**) أي استحساناً ذكر القياس والاستحسان فخر الإسلام في شرح الجامع الصغير لكن إن كان عمداً يجب في ماله وإن كان خطأ فعلى عاقلته، كذا ذكره الولوالجي في فتاواه اهـ إتقاني. **قوله**: (**وقال محمد وزفر: يضمن نصف الدية**) أي قياساً اهـ إتقاني. **قوله**: (**لأن اعتراض الردة أهدر السراية**) أي لأنه صار بعد الارتداد بحال لو قتله قاتل لا يجب عليه شيء فصارت الردة مهدرة لما تولد من القطع اهـ **قوله**: (**وتمت على محل معصوم**) أي لأنه كان في الحالين

ثبوت الحكم وفيما بين ذلك غير معتبر في حق هذا الحكم فصار كاشتراط قيام الملك في حالة اليمين وحالة وجود الشرط وكاشتراط كمال النصاب في حال انعقاد السبب وتمامه، والردة ليست بإبراء عن الجناية وضعاً ولا شرعاً بل هي لتبديل الدين، ألا ترى أنها توجد من غير إبراء بأن لم يكن ثم جناية عليه إلا أنه لو مات على تلك الحالة لا يجب الضمان باتفاق الحال لكون دمه هدراً بخلاف ما إذا باع العبد المجني عليه لأن البيع وضع لقطع ملكه والضمان بدل ملكه فإذا قطع الأصل قصداً فقد قطع البدل أيضاً فصار كالإبراء.

قال رحمه الله: (**ولو ارتد مكاتب ولحق وأخذ بماله** وقتل فمكاتبته لمولاه وما بقي لورثته) لأنه لم يزل ملك المولى عن رقبته بالردة غير أنه صار دمه مباحاً وبإباحة دم العبد لا يزول ملك سيده عنه كما لو وجب عليه قود والكتابة لا تبطل بالردة والالتحاق بدار الحرب لأنها لا تبطل بحقيقة الموت فبالحكمي أولى أن لا تبطل فبقي ملكه لمالكه والتصرف على حاله **هذا على قولهما ظاهر**. وأما على قول أبي حنيفة فلأن المكاتب إنما يملك المال والتصرف بعقد الكتابة وهو باق على ما بيناه، ولا يمنع ذلك بالرق فأولى أن لا يمنع بالردة لأن الرق أقوى في المنع من الردة، ألا ترى أن المرتد يملك بعض التصرفات بالإجماع وبعضها فيها الخلاف فإذا كانت الكتابة باقية يوفى المولى كتابته وما بقي يكون لورثته كما في الموت الحقيقي فإن قيل: إذا مات عن وفاء حكم بعتقه في آخر جزء من أجزاء حياته فيتبين بذلك أن كسبه كسب مرتد حر فوجب أن يكون فيئاً على مذهبه قلنا: حكمنا بحريته في آخر جزء من أجزاء حياته في حق الحقوق المستحقة بالكتابة وهي حرية نفسه وأولاده وملك كسبه رقبة، وفيما عدا ذلك من الأحكام يعتبر عبداً، ألا ترى أنه لا تصح وصيته وإن ترك وفاء لأن/ الوصية ليست من الحقوق المستحقة بالكتابة فكذا لا يكون كسبه فيئاً لأن كسب العبد المرتد لا يكون فيئاً فلا يجعل حراً في حقه. [١٠٢/أ/٢]

مسلماً اهـ إتقاني. **قوله في المتن**: (**ولو ارتد مكاتب ولحق**) أي بدار الحرب واكتسب مالاً اهـ هداية. **قوله في المتن**: (**وأخذ بماله**) أي أسيراً وأبى أن يسلم اهـ إتقاني. **قوله**: (**هذا على قولهما ظاهر**) أي لأن كسب المرتد الحر عندهما ميراث، فكذا كسب المكاتب ويشكل على مذهب أبي حنيفة لأن كسب المرتد الحر فيء عنده فكيف كان كسب المرتد المكاتب ميراثاً على وجه الاستحسان وحله أن كسب المرتد الحر لما كان موقوفاً إلى أن يتبين حاله لم تملك أكساب الردة فكانت فيئاً بخلاف المرتد المكاتب فإن تصرفاته نافذة وليست بموقوفة لأن الكتابة لا ينافيها الموت الحقيقي، فكذا لا ينافيها الموت الحكمي وهو الردة واللحاق فصحت أكسابه فكانت أكساب الردة كأكساب الإسلام فصارت ميراثاً

قال رحمه اللّه: (ولو ارتد الزوجان ولحقا بدار الحرب فولدت وولد له فظهر عليهم فالولدان فيء **ويجبر الولد على الإسلام لا ولد الولد**) أي إذا ارتد الرجل وامرأته ولحقا بدار الحرب فولدت المرأة هناك ولداً وولد لولدهما ولد ثم ظهر عليهم جميعاً فولدهما وولد ولدهما فيء ويجبر ولدهما على الإسلام لا ولد ولدهما لأن الولد يتبع الأم في الحرية والرق **والمرتدة تسترق** فكذا ولدها ويجبر الولد على الإسلام تبعاً لأبويه لأن الأولاد يتبعون الآباء في الدين لقوله عليه الصلاة والسلام: «كل مولود يولد على الفطرة فأبواه يهودانه وينصرانه ويمجسانه»[١] الحديث رواه البخاري ومسلم وأحمد. وقيل لرسول الله ﷺ أرأيت من يموت منهم قال: «الله أعلم بما كانوا عاملين»[٢] فيكون حجة لأبي حنيفة ومحمد في توقفهما في أطفال المشركين فإذا تبعهما يجبر على الإسلام كما يجبران عليه ولا يقتل تبعاً لأبيه لأنه كافر أصلي وليس بمرتد حقيقة فيكون حكمه في القتل حكم الكافر الأصلي وولد الولد يسترق **ولا يقتل** لما ذكرنا، وهل يجبر على الإسلام ففيه روايتان في رواية يجبر رواها الحسن عن أبي حنيفة تبعاً لجده وفي رواية لا يجبر لأنه لو أجبر إما أن يجبر تبعاً لأبيه ولا وجه له لأن أباه كان تبعاً لأبويه والتبع لا يكون له تبع أو تبعاً لجده ولا وجه له لأن تبعية الآباء في الدين على خلاف القياس ولا يلحق به الجد **ولو ألحق لكان الناس كلهم مسلمين تبعاً لآدم** وحواء عليهما السلام ولم يوجد في ذريتهما كافر غير المرتد وأصل

لورثته لموته حراً لأنه مات عن وفاء اهـ إتقاني رحمه الله. **قوله**: (**ويجبر الولد على الإسلام لا ولد الولد**) قال الإتقاني رحمه الله: هذا إذا ولد لهما ولد بعد التحاقهما، أما إذا ارتدّ الزوجان وذهبا إلى دار الحرب بولد لهما صغير ثم ظهر عليهم فالولد فيء لأن الولد الصغير صار مرتداً تبعاً للأبوين وولد المرتد يصير فيئاً بالسبي، وإن كان الأب ذهب به وحده والأم مسلمة في دار الإسلام لم يكن الولد فيئاً لأن الولد بقي مسلماً فلا يصير فيئاً فيدفع إلى الأم، وكذا إذا كانت الأم قد ماتت مسلمة لأن إسلام الأم لا يرفع بالموت بل يتقرر **قوله**: (**والمرتدة تسترق**) أي والزوج يقتل أو يستسلم اهـ إتقاني. **قوله**: (**ولا يقتل**) أي كولد المسلم إذا بلغ ولم يصف الإسلام يجبر على الإسلام ولا يقتل كذا هنا اهـ إتقاني. **قوله**: (**ولو ألحق لكان الناس كلهم مسلمين تبعاً لآدم الخ**) والمعقول أن يقال :إن الحكم إذا اقتصر على كل الجنس لم يكن بعض المقادير أحق من بعض فلزم القصر على الأدنى لتيقنه وهو الأب فإذا لم يكن تابعاً للجد كان حكمه حكم سائر أهل الحرب إذا أسروا فيسترق أو

---

(١) أخرجه البخاري في الجنائز (١٣٨٥)، ومسلم في القدر (٢٦٥٨).
(٢) أخرجه مسلم في القدر (٢٦٥٨)، والترمذي في القدر (٢١٣٨)، وأحمد في مسنده (٢٧٣٩٦)، ومالك في الجنائز (٥٦٩).

هاتين الروايتين مبني على أن ولد الولد يكون مسلماً بإسلام جده أم لا **ففي رواية الحسن يكون مسلماً** فإذا تبعه في الإسلام تبعه في الإجبار عليه أيضاً، وفي رواية لا يتبعه في الإسلام فكذا في الإجبار، **والمسائل التي جعل الجد فيها كالأب** أربعة كلها تخرج على الروايتين أحداها هذه. والثانية صدقة الفطر إذا كان الجد موسراً **فهل تجب عليه صدقة فطر الحافد**. والثالثة الوصية وهو ما إذا أوصى لأقربائه هل يدخل الجد فيها أو لا. والرابعة جر الولاء وهو ما إذا أعتق الجد هل يجر ولاء الحافد إلى مولاه أم لا ففي ظاهر الرواية لا يكون الجد في هذه المسائل كالأب.

قال رحمه الله: (**وارتداد الصبي العاقل صحيح كإسلامه** ويجبر عليه ولا يقتل) وهذا عند أبي حنيفة ومحمد **وقال أبو يوسف: ارتداده ليس بارتداد** وإسلامه إسلام وقال زفر والشافعي: ارتداده ليس بارتداد ولا إسلامه بإسلام لأنه يلزمه أحكام يشوبه بها ضرر كحرمان الإرث ولزوم الفرقة بينه وبين امرأته المشركة أو المسلمة وامتناع وجوب نفقته على أبويه أو غيرهما من أقاربه، ولأنه تبع لأبويه فلا يجعل أصلاً إذ التبعية دليل العجز والأصالة دليل القدرة وبينهما تناف فلا يجتمعان في شخص واحد ولأبي يوسف أن الارتداد من التصرفات الضارة فلا يؤهل له كالطلاق والعتاق وغيرهما مما تمحض ضرراً ولهما ما روي عن جابر أنه عليه الصلاة والسلام قال: «كل مولود يولد على الفطرة حتى يعرب عنه لسانه فإذا أعرب عنه لسانه فإما شاكراً وإما كفوراً»[1]

توضع عليه الجزية اهـ إتقاني. **قوله**: (**ففي رواية الحسن يكون مسلماً**) وجه ما روى الحسن أن الجد له حكم الأب في إنكاح الصغير والصغيرة ولهذا لا يكون لهما الخيار بعد البلوغ وكذلك في بيع مال الصغير، فكذا في تبعية الإسلام وهذا لأن الولد إنما تبع الأب لأنه يتفرع منه فيتبع الجد تبعاً لأنه تفرع وجه الظاهر مر آنفاً اهـ إتقاني. **قوله**: (**والمسائل التي جعل الجد فيها كالأب**) قال في الكافي: أربع مسائل لم يجعل الجد فيها كالأب في ظاهر الرواية وفي رواية الحسن عن أبي حنيفة جعل الجد فيها كالأب اهـ **قوله**: (**فهل تجب عليه صدقة فطر الحافد**) أي ففي ظاهر الرواية لا يؤدي الجد الفطرة عن ابن ابنه وفي رواية الحسن يؤديها إذا لم يكن لابن الابن مال كالأب لكن إذا كان الأب فقيراً اهـ إتقاني **قوله في المتن**: (**وارتداد الصبي العاقل صحيح كإسلامه**) أي فلا يرث أبويه إذا كانا كافرين اهـ **قوله**: (**وقال أبو يوسف ارتداده ليس بارتداد**) وفي المحيط عن ابن أبي مالك عن أبي يوسف أن أبا حنيفة رجع إلى قول أبي يوسف اهـ كاكي. وفي خج غريب الرواية روى الحسن عن زفر في ابن عشر سنين إذا ارتد ثم رمى صيداً أو ذبح أنه يؤكل ولا تصح ردته اهـ (فصول) اعلم أن الصبي العاقل إذا أسلم يصح إسلامه استحساناً خلافاً لزفر والشافعي: ذكر الاستحسان فخر

---

(١) أخرجه أحمد في مسنده (١٤٣٩١).

رواه أحمد. وصحح عليه الصلاة والسلام إيمان علي رضي الله عنه وقد كان آمن صبياً وافتخاره بذلك معروف وكان يقول:

سبقتكم إلى الإسلام طراً غلاماً ما بلغت أوان حلمي

وسقتكم إلى الإسلام قهراً بصارم همتي وسنان عزمي

[١٠٢ ب/٢] وذكر أبو جعفر «أنه أسلم ابن خمس سنين، وذكر القتبي / أن عمره كان سبع سنين وعن عروة أنه قال: أسلم علي وعمره ثمان سنين»[١] أخرجه البخاري. ولأنه أتى بحقيقة الإسلام وهو التصديق بالجنان والإقرار باللسان، وكذا أتى بحقيقة الكفر وهو الجحود والإنكار ولا مرد للحقائق وهذا لأن الإقرار عن طوع دليل الاعتقاد فلا سبيل إلى رده، ولا الحجر عنه لأن الحقائق لا يحجر عنها كما لا يحجر في حق سائر أفعاله حتى وجب عليه الضمان بإتلافه مال الغير شرعاً وفسد صومه بأكله وهو صائم **فلا يعذر فيه لأجل صباه** والحجر عن الإسلام كفر ولا يليق ذلك بالشارع ولا يمكن رده بضرر يلحقه في الدنيا وما يتعلق به نجاة سرمدية وسعادة أبدية هي من أجلّ المنافع وهو الحكم الأصلي الذي يترتب على الإسلام ثم يبنى عليه غيره فلا يبالى بشوبه لأن المعتبر هو الحكم الموضوع له لا ما يلزمه في ضمنه وقوله: تبع لأبويه فلا يجعل أصلاً إلخ. قلنا: إنما جعل تبعاً لتوفير المنفعة عليه وفي اعتبار فعله بنفسه بطريق الأصالة مع إبقاء التبعية تحصيل المنفعة بطريقين وذلك أنفع له، وإنما يمتنع الجمع

الإسلام في شرح الجامع الصغير والمراد بالصحة ترتيب أحكام الإسلام عليه نحو الإرث من أقاربه المسلمين والحرمان من أقاربه المشركين وحرمة نكاح المشركة في حقه وحل نكاح المؤمنة وبطلان مالية الخمر والخنزير في حقه وعصمة دمه وماله وغير ذلك اهـ إتقاني رحمه الله. **قوله: (ولهما ما روي عن جابر أنه عليه الصلاة والسلام الخ)** ثم لما صح ارتداد الصبي عند أبي حنيفة ومحمد لم يرث أبويه المسلمين لأنه مرتد والمرتد لا يرث أحداً اهـ إتقاني رحمه الله. **قوله: (فلا يعذر فيه لأجل صباه)** قال الإتقاني: ثم لما جعل مسلماً بإسلام أبويه حكماً تبعاً لهما فلأن يجعل مسلماً بإسلام نفسه حقيقة أولى وأحرى، والأحكام ليست بمقصودة لذاتها بالإسلام لأن المقصود به فوز السعادة الأبدية، ثم إذا ترتبت الأحكام عليها لا يبالي بها لأنها حصلت ضمناً وضمنيات الشيء لا تعلل اهـ (فرع) رجل حج حجة الإسلام ثم ارتد والعياذ بالله تعالى ثم أسلم كان عليه حجة الإسلام قاله قاضيخان. ثم قال بعد أسطر: رجل ارتد والعياذ بالله وعليه قضاء صلاة أو صيام تركها في حالة الإسلام ثم أسلم بعد ذلك قال شمس الأئمة الحلواني: قضى ما ترك في الإسلام لأن ترك الصلاة والصيام معصية والمعصية تبقى بعد الردة، وما أدى من الصلوات والصيامات

---

(١) أخرجه الترمذي في المناقب (٣٧٣٤).

بينهما إذا كان بينهما مضادة، وأما إذا تأيد أحدهما بالآخر فلا يمتنع ألا ترى أن التبع إذا نوى السفر كالمرأة ونحوها صار مسافراً بنيته وبنية أصله لما قلنا فإن قيل: لو صح إسلامه بنفسه لكان ذلك منه فرضاً لاستحالة كون الإيمان نفلاً بخلاف سائر العبادات فإنها متنوعة بين الفرض والنفل فإذا صار فرضاً لزم أن يكون مخاطباً ولا قائل به فإذا لم يكن تصحيحه فرضاً لم يصح بخلاف ما إذا جعل مسلماً تبعاً لأن صفة الفرضية في الأصل مغنية عن اعتباره في التبع، ولأنه لو كان عقله معتبراً لوقعت الفرقة بينه وبين امرأته إذا لم يحسن أن يصف الإسلام كالبالغ. قلنا: إنما لم يكن مخاطباً لرفع الحرج عنه، فإذا أداه صح كالمسافر وغيره من أصحاب الأعذار يؤدي الجمعة فإنها تصح وتقع عن الفرض، وإن لم تكن الجمعة فرضاً عليه، وإنما لم تبن زوجته منه إذا لم يحسن الوصف بعد ما عقل لبقاء معنى التبعية وفيه توفير المنفعة على ما بينا وقوله: لا يقتل يعني إذا أبى أن يسلم بعد ما ارتد لأن القتل عقوبة وهو ليس من أهلها والإجبار على الإسلام نفع له فيجبر هذا في صبي يعقل وإن كان لا يعقل لا يصح منه شيء من ذلك لأن إقراره لا يدل على اعتقاده فلا يعتبر، وكذا المجنون لما ذكرنا وكذا السكران في الردة دون الإسلام على ما عرف [في موضعه][1] **ويلحق الساحر بالمرتد**. قال في المحيط معزياً إلى الفتاوى: الساحر هل يقتل أو تقبل توبته ينظر إن اعتقد أنه خالق لما يفعل فإن تاب عن ذلك وقال: ﴿الله خالق كل شيء﴾ [الرعد: ١٦] وتبرأ عما اعتقد تقبل توبته ولا يقتل لأنه كافر أسلم وإن لم يتب يقتل لأنه مرتد وقال أبو حنيفة في المجرد: إنه يقتل ولا يستتاب ولا يقبل قوله: إني أترك السحر وأتوب منه إذا شهد الشهود أنه الآن ساحر أو أقر بذلك، وكذلك المرأة الساحرة تقتل لأن عمر رضي الله عنه كتب إلى نوابه «أن اقتلوا الساحر والساحرة»[2] رواه أحمد وأبو داود والبخاري وعن جندب أنه عليه الصلاة والسلام قال: «حد الساحر ضربه بالسيف»[3] رواه الدارقطني وقال الترمذي: الصحيح أنه موقوف عليه قلنا: الموقوف في مثله محمول على السماع لأنه لا يدرك بالرأي وذكر في المنتقى أنها لا تقتل ولكن تحبس وتضرب كالمرتدة، والأول أصح لأن ضرر كفرها وهو

في إسلامه ثم ارتد تبطل طاعته لكن لا يجب عليه قضاؤها بعد الإسلام اهـ **قوله: (ويلحق الساحر إلخ)** السحر قول يعظم فيه غير الله تعالى تنسب إليه التقديرات والتأثيرات اهـ **قوله:**

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من المطبوع.

(٢) أخرجه أبو داود في الخراج والإمارة والفيء (٣٠٤٣)، وأحمد في مسنده (١٦٦٠).

(٣) أخرجه الترمذي في الحدود (١٤٦٠).

السحر يتعدى فتكون ساعية في الأرض بالفساد بخلاف المرتدة والحربية، **وكذلك الزنديق** يقتل ولا تقبل له توبة لما روي عن عكرمة رضي الله عنه أنه قال: أتي علي رضي / الله عنه بزنادقة فأحرقهم فبلغ ذلك ابن عباس رضي الله عنهما فقال: لو كنت [١٠٣/أ/٢] أنا لم أحرقهم لنهي رسول الله ﷺ قال: «لا تعذبوا بعذاب الله» ولقتلتهم لقول رسول الله ﷺ: «من بدل دينه فاقتلوه»(١) رواه البخاري وغيره. والله سبحانه وتعالى أعلم.

باب البغاة

قال رحمه الله: (خرج قوم مسلمون عن طاعة الإمام وغلبوا على بلد دعاهم إليه) أي إلى العود إلى الجماعة (وكشف شبهتهم) لأن علياً رضي الله عنه بعث عبد الله بن عباس رضي الله عنهما إلى أهل **حروراء** فدعاهم إلى التوبة وناظرهم قبل قتالهم ولأنه ترجى توبتهم ولعل الشر يندفع بالتذكرة كما قال الله تعالى: ﴿وذكر فإن الذكرى تنفع المؤمنين﴾ [الذاريات: ٥٥] وهو أهون فيبدأ به وهذه الدعوة ليست

(وكذلك الزنديق إلخ) قالوا: لو جاء الزنديق قبل أن يؤخذ فأقر أنه زنديق فتاب عن ذلك تقبل توبته وإن أخذ ثم تاب لا تقبل توبته لأنهم باطنية يظهرون شيئاً ويعتقدون في الباطن خلاف ذلك فيقتلون ولا تؤخذ منهم الجزية ولا تقبل توبتهم، كذا في سير فتاوى قاضيخان مذكور في باب الجزية من الكفاية اهـ.

باب البغاة

قدم أحكام قتال الكفار ثم أعقبه بقتال المسلمين والوجه ظاهر والبغاة جمع باغ وهذا الوزن مطرد في كل اسم فاعل معتل اللام كغزاة ورماة وقضاة، والبغي في اللغة الطلب، بغيت كذا أي طلبته قال الله تعالى حكاية ذلك: ﴿ما كنا نبغ﴾ [الكهف: ٦٤] ثم اشتهر في العرف في طلب ما لا يحل من الجور والظلم. والباغي في عرف الفقهاء الخارج على الإمام الحق اهـ كمال رحمه الله. قال الإتقاني: وتأخير هذا الباب لقلة وجوده والمراد من البغاة الخوارج، ولهذا وسم هذا الباب في المبسوط بباب الخوارج قال في فصل الاستروشني(١) لا بد من معرفة أهل البغي فأهل البغي هم الخارجون على الإمام الحق بغير حق بيانه أن المسلمين إذا اجتمعوا إلى إمام وصاروا آمنين به فخرج عليه طائفة من المؤمنين فإن فعلوا ذلك لظلم ظلمهم فهم ليسوا من أهل البغي، وعليه أن يترك الظلم

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) هو محمد بن محمود بن حسين الاستروشني الحنفي المتوفى سنة (٦٣٢هـ)، من آثاره كتابه «الفصول». انظر الفوائد البهية (٢٠٠)، كشف الظنون (٢/١٢٦٦).

بواجبة لأنهم قد علموا لماذا يقاتلون فصاروا كالمرتدين **وأهل الحرب الذين بلغتهم الدعوة**، ولهذا يجوز قتالهم بكل ما يقاتل به أهل الحرب كالرمي بالنبل والمنجنيق وإرسال الماء والنار عليهم لأن قتالهم فرض لقوله تعالى: ﴿فقاتلوا التي تبغي حتى تفيء إلى أمر الله﴾ [الحجرات: ٩] فصار قتالهم كقتال أهل الحرب.

قال رحمه الله: (وبدأ بقتالهم) يعني **إذا تحيزوا** وتهيؤوا للقتال واجتمعوا له **هكذا ذكر الشيخ المعروف بخواهر زاده** وهو المذهب عندنا وذكر القدوري في مختصره لا نبدؤهم بقتال حتى يبدؤوه **وهو قول الشافعي** رضي الله عنه: لأنه لا يجوز قتل

وينصفهم ولا ينبغي للناس أن يعينوا الإمام عليهم لأن فيه إعانة على الظلم ولا أن يعينوا تلك الطائفة على الإمام أيضاً لأن فيه إعانة لهم على خروجهم على الإمام وإن لم يكن ذلك لظلم ظلمهم ولكن لدعوى الحق والولاية فقالوا: الحق معنا، فهم أهل البغي فعلى كل من يقوى على القتال أن ينصر إمام المسلمين على هؤلاء الخارجين لأنهم ملعونون على لسان صاحب الشرع فإنه قال عليه الصلاة والسلام: «الفتنة نائمة لعن الله من أيقظها» فإن كانوا تكلموا بالخروج لكن لم يعزموا على الخروج بعد فليس للإمام أن يتعرض لهم لأن العزم على الجناية لم يوجد بعد، كذا ذكر في واقعات الإمام اللامشي[1]، وذكر القلانسي في تهذيبه[2] قال بعض المشايخ: لولا علي رضي الله عنه ما درينا القتال مع أهل القبلة وكان علي ومن تبعه من أهل العدل وخصمه من أهل البغي وفي زماننا الحكم للغلبة، ولا يدرى العادلة والباغية كلهم يطلبون الدنيا إلى هنا لفظ الفصول اهـ **قوله**: **(حروراء)** حروراء بالمد قرية بقرب الكوفة ينسب إليها فرقة من الخوارج كان أول اجتماعهم بها وتعمقوا في الدين حتى خرجوا منه ومنه قول عائشة رضي الله عنها: «أحرورية أنت»[3] معناه أخارجة عن الدين بسبب التعمق في السؤال اهـ مصباح. وقال الجوهري: حروراء اسم قرية يمد ويقصر اهـ **قوله**: **(وأهل الحرب الذين بلغتهم الدعوة)** أي لا تجب دعوتهم ثانياً اهـ **قوله**: **(إذا تحيزوا)** أي انضموا اهـ **قوله**: **(هكذا ذكر الشيخ المعروف بخواهرزاده)** خواهرزاده هو الإمام أبو بكر محمد بن الحسين البخاري وسمي خواهرزاده لأنه كان ابن أخت القاضي الإمام أبي ثابت قاضي سمرقند وكان خواهرزاده إماماً كاملاً في الفقه بحراً غزيراً صاحب التصانيف ومبسوطه أطول المباسيط وكانت وفاته فيما بلغنا في السنة التي توفي فيها شمس الأئمة السرخسي سنة ثمان وثمانين وأربعمائة وكانت وفاة فخر الإسلام البزدوي سنة إحدى

---

(١) هو الحسين بن علي أبو القاسم عماد الدين اللامشي نسبة إلى لامش من قرى فرغانة، من آثاره: الواقعات والفتاوى. انظر الفوائد البهية (٦٧).

(٢) اسمه تهذيب الواقعات في فروع الحنفية للشيخ أحمد القلانسي. انظر كشف الظنون (١ / ٥١٧).

(٣) أخرجه البخاري في الحيض (٣٢١)، ومسلم في الحيض (٣٣٥)، والترمذي في الطهارة (١٣٠)، والنسائي في الحيض والاستحاضة (٣٨٢)، وأبو داود في الطهارة (٢٦٢).

المسلم إلا دفعاً هم مسلمون بخلاف الكفار فإن نفس الكفر مبيح عنده، ولنا ما تلونا من غير قيد بالبداية منهم وقول علي رضي الله عنه: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «سيخرج قوم في آخر الزمان حداث الأسنان سفهاء الأحلام يقولون من قول خير البرية لا يجاوز إيمانهم حناجرهم يمرقون من الدين كما يمرق السهم من الرمية فأينما لقيتموهم فاقتلوهم فإن في قتلهم أجراً لمن قتلهم يوم القيامة»[١] رواه أحمد ومسلم والبخاري. **ولأن الحكم يدار على دليله** وهو ما ذكرنا من التحيز والتهيؤ فلو انتظر حقيقة قتالهم لصار ذريعة لتقويتهم فلعله لا يمكن دفعهم فيدار الحكم على الدليل ضرورة دفع شرهم ولأنهم بالخروج على الإمام صاروا عصاة **فجاز قتالهم إلى أن يقلعوا** عن ذلك بل وجب لما تلونا وما روي عن علي رضي الله عنه من قوله في الخوارج: «لن نقاتلكم حتى تقاتلونا»[٢] معناه حتى تعزموا على قتالنا بدليل ما روينا عنه عن النبي ﷺ ولو أمكن دفع شرهم بالحبس بعدما تأهبوا فعل ذلك ولا نقاتلهم لأنه أمكن دفع شرهم بأهون منه والجهاد معهم واجب بقدر ما يندفع به شرهم، **والمروي عن أبي حنيفة من لزوم البيت** محمول على عدم الإمام، وأما إعانة الإمام من الواجبات

وثمانين وأربعمائة وكانت وفاة القدوري سنة ثمان وعشرين وأربعمائة قاله الإتقاني. **قوله: (وهو قول الشافعي)** قال الكمال وقال الشافعي: لا يجوز حتى يبدؤوا حقيقة وهو قول مالك وأحمد وأكثر أهل العلم لأن قتل المسلم لا يجوز إلا دفعاً. وهم أي البغاة مسلمون لقوله تعالى: ﴿وإن طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوا بينهما﴾ [الحجرات: ٩]، ثم قال: ﴿فإن بغت إحداهما على الأخرى﴾ [الحجرات: ٩] الآية اهـ **قوله: (ولأن الحكم)** يعني المقصود من قتال البغاة دفع شرهم فإذا وجد دليل الشر وهو اجتماعهم وتعسكرهم يجب دفعهم بالقتال اهـ وكتب ما نصه: وهو حل القتال اهـ **قوله: (يدار على دليله)** أي دليل قتالهم اهـ **قوله: (فجاز قتالهم إلى أن يقلعوا)** أي يمتنعوا اهـ **قوله: (والمروي عن أبي حنيفة من لزوم البيت الخ)** قال الشيخ أبو الحسن الكرخي في مختصره: قال الحسن بن زياد: قال أبو حنيفة: إذا وقعت الفتنة بين المسلمين فينبغي للرجل أن يعتزل الفتنة ويلزم بيته ولا يخرج في الفتنة قالوا: إنما أراد أبو حنيفة بذلك إذا لم يكن هناك إمام يدعو إلى القتال، وإن كان إمام تلزمهم إعانته والدليل على هذا ما قال الكرخي أيضاً في مختصره بقوله: وقال أبو حنيفة: إن كان الناس مجتمعين على إمام من المسلمين والناس آمنون والسبل آمنة فخرج

---

(١) أخرجه البخاري في استتابة المرتدين (٦٩٣٠)، ومسلم في الزكاة (١٠٦٦)، والترمذي في الفتن (٢١٨٨)، والنسائي في تحريم الدم (٤١٠٢)، وابن ماجه في المقدمة (١٦٨)، وأحمد في مسنده (٦١٧).

(٢) ذكره ابن حجر في التلخيص الحبير (٤ / ٤٥).

عند القدرة، وما روي عن ابن عمر مع جماعة من الصحابة رضي الله عنهم من القعود عن الفتنة **محمول على أنهم كانوا عاجزين**.

قال رحمه الله: (ولو لهم فئة **أجهز** على جريحهم واتبع موليهم) لأن المقصود من قتالهم دفع شرهم وذلك بما ذكرنا لأنهم يرجعون إلى جماعتهم فيعودون حرباً علينا ولم يحصل بذلك رجوعهم إلى الجماعة، وهو المقصود قال الله تعالى: ﴿ فقاتلوا التي تبغي حتى تفيء إلى أمر الله ﴾ [الحجرات: ٩].

قال رحمه الله: (وإلا لا) أي إن لم تكن لهم فئة لا يجهز على جريحهم ولا يتبع موليهم لما روي عن مروان بن الحكم أنه قال: صرخ صارخ لعلي **يوم الجمل**: « لا يقتلن مدبر ولا يذفف على جريح ومن أغلق بابه فهو آمن ومن ألقى السلاح فهو آمن »[١] رواه سعيد. ويوم الجمل لم تكن لهم فئة ولأن قتلهم كان لدفع شرهم / [١٠٣ب/٢] وقد اندفع بدونه فلا حاجة إليه، وعند الشافعي لا يقتل في الوجهين بناء على ما بينا من أصله أنه لا يجوز قتلهم إلا دفعاً ولا دفع في قتله بعد ما ترك القتال، **ونحن نقول: الحكم يدار على الدليل** لا على حقيقة القتال على ما بينا.

قال رحمه الله: (ولم تسب ذريتهم وحبس أموالهم حتى يتوبوا) لقول علي رضي الله عنه يوم الجمل: « لا يقتل أسير ولا يكشف ستر ولا يؤخذ مال »[٢] وهو القدوة في هذا الباب وقوله: لا يقتل أسير يعني إذا لم تكن لهم فئة وإن كان لهم فئة فالإمام بالخيار إن شاء قتله لئلا ينفلت ويلحق بهم، وإن شاء حبسه لأن شره يندفع به وليس له أن يسترقه لأنه مسلم والإسلام يمنع الاسترقاق ابتداء **وهو المراد بقول علي** رضي الله عنه: **لا يكشف ستر** وحين طلب منه أصحابه أن يقسم النساء بينهم قال:

ناس ممن ينتحل الإسلام على إمام أهل الجماعة فينبغي للمسلمين أن يعينوا إمام أهل الجماعة وإن لم يقدروا على ذلك لزموا بيوتهم ولم يخرجوا مع الذين خرجوا على إمام أهل الجماعة ولم يعينوهم ثم قال: وهذا قول زفر وأبي يوسف اهـ إتقاني. **قوله: (محمول على أنهم كانوا عاجزين)** أي إذ العاجز لا يلزمه الحضور اهـ **قوله: (أجهز)** ضبطه الزيلعي للمفعول اهـ **قوله: (يوم الجمل)** ويوم الجمل هو اليوم الذي كان فيه وقعة عائشة مع علي رضي الله تعالى عنهما وإنما سمي يوم الجمل لأن عائشة كانت يومئذ على الجمل اهـ إتقاني. **قوله: (ونحن نقول: الحكم يدار على الدليل)** أي وهو الاجتماع اهـ **قوله: (وهو المراد بقول علي ولا يكشف ستر)** قال العيني في شرح الهداية. **قوله: (ولا يكشف ستر)** أي لا تسبى نساؤهم

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) ذكره الزيلعي في نصب الراية (٣/ ٤٦٣).

إذا قسمت النساء فلمن تكون عائشة فأبهتهم بذلك وقطع شبهتهم ولأنهم مسلمون **فتكون أموالهم وأنفسهم معصومة بالعصمتين** لكونهم في دار الإسلام.

قال رحمه الله: (وإن احتاج قاتل بسلاحهم وخيلهم) وقال الشافعي رحمه الله: لا يقاتل به لأنه مسلم فلا يحل الانتفاع بماله بدون رضاه، ولنا أن علياً رضي الله عنه قسم سلاحهم بالبصرة بين الصحابة وكانت قسمته للحاجة لا للتملك بدليل ما روى الزهري أن الصحابة أجمعوا أن لا يؤخذ مال، ولأن للإمام أن يفعل ذلك بمال أهل العدل لما روي أنه عليه الصلاة والسلام «أخذ الدرع من صفوان بغير رضاه»[١] فما ظنك بمال أهل البغي، لا سيما إذا كان فيه دفع شرهم وإن لم يحتاجوا إليه حبسه عنهم كسائر أموالهم لأن في رده عليهم تقوية لهم وإعانتهم على المعصية، **والكراع** يباع ويحبس ثمنه لأن حبس الثمن أيسر وأحفظ للمالية فإذا وضعت الحرب أوزارها وزالت الفتنة ردها عليهم لزوال المانع، ولو كان معهم أهل الذمة يعينونهم على القتال فحكمهم كحكم أهل البغي حتى لا يجوز استرقاقهم ولا أخذ أموالهم لأن عهدهم لم ينتقض به.

قال رحمه الله: (**وإن قتل باغ مثله فظهر عليهم لم يجب شيء**) أي إن قتل باغ باغياً مثله في عسكرهم عمداً ثم ظهر عليهم لم يجب عليه القصاص لأن القصاص لا يمكن استيفاؤه إلا بمنعة ولا ولاية للإمام عليهم حالة القتل فلم يوجب ولم ينقلب موجباً بعده كالقتل في دار الحرب.

قال رحمه الله: (وإن غلبوا على مصر فقتل مصري مثله فظهر على المصر قتل به) يعني إذا غلب البغاة على مصر فقتل رجل من أهل المصر رجلاً من المصر عمداً ثم ظهر على المصر فإنه يقتص منه وتأويله إذا لم يجر على أهل المصر أحكام أهل البغي **بل أزعجهم الإمام العدل قبل ذلك** عن ذلك المصر، لأن ولاية إمام أهل العدل

اهـ **قوله: (فتكون أموالهم وأنفسهم معصومة بالعصمتين)** أي الإسلام والدار اهـ **قوله: (والكراع)** قال في ديوان الأدب: الكراع الخيل اهـ إتقاني. **قوله في المتن: (وإن قتل باغ مثله فظهر عليهم لم يجب شيء)** هذه من مسائل الجامع الصغير وصورتها فيه: محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في أهل البغي إذا كانوا في عسكر فقتل رجل منهم رجلاً منهم عمداً ثم ظهرنا عليهم قال: ليس عليهم شيء أي لا يجب على القاتل دية ولا قصاص، وهذا لأنه قتل نفساً يباح قتلها ألا ترى أن العادل إذا قتله لا يجب شيء لأن لأهل العدل أن يقتلوهم كسراً لشوكتهم فلما كان يباح قتلها لم يجب شيء اهـ إتقاني. **قوله: (بل أزعجهم الإمام العدل قبل ذلك)** أي قبل إجراء الأحكام أي أقلع أهل البغي من المصر قبل أن تجرى

---

(١) تقدم تخريجه.

لم تنقطع قبل أن تجري أحكامهم فيجب القصاص **وبعد الإجراء تنقطع فلا يجب** .

قال رحمه الله: (**وإن قتل عادل باغياً** أو قتله باغ وقال: أنا على حق ورثه وإن قال: أنا على باطل لا) أي قتل رجل من أهل العدل رجلاً من أهل البغي أو قتل رجل من أهل البغي رجلاً من أهل العدل وقال الباغي القاتل: قتلته وأنا على الحق ورثه وإن قال: قتلته وأنا على الباطل لا يرث، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد **وقال أبو يوسف : لا يرث الباغي في الوجهين** وقال الشافعي رحمه الله: لا يرث العادل أيضاً لقوله عليه الصلاة والسلام: « لا يرث القاتل »[١] ولهذا عنده لو قتله بحق من قصاص أو رجم أو حكم عليه بذلك أو شهد عليه لا يرث قلنا: حرمان الإرث جزاء الجريمة ولا جريمة / [١٠٤/أ/٢] في القتل الواجب أو الجائز فلا يحرم وقتل البغي واجب فلا إثم على القاتل بقتله ولا يجب الضمان عليه فكذا لا يحرم الإرث لأن حرمانه من باب العقوبة وكذا الباغي لا يحرم لأنه أتلف ما أتلف عن تأويل فاسد والفاسد منه ملحق بالصحيح إذا انضمت إليه منعة كتأويل أهل الحرب والمرتدين، ألا ترى إلى ما يروى عن الزهري أنه قال: « هاجت الفتنة وأصحاب رسول الله ﷺ متوافرون فأجمعوا على أن لا يقاد أحد ولا يؤخذ بمال على تأويل القرآن إلا من وجد ماله بعينه »[٢] رواه أحمد . وكذا أجمعوا على أن ما أتلفه أهل الردة لا يجب عليهم ضمانه . رواه البرقاني على شرط البخاري ولأن الأحكام لا بد فيها من الالتزام ولا التزام منه لاعتقاده الإباحة ولا التزام من الإمام لعدم الولاية بمنعتهم ولا يمكن القياس على ما إذا لم يكن لهم تأويل أو منعة لأن الولاية باقية قبل المنعة والالتزام موجود عند عدم التأويل ولا بد من المنعة والتأويل لسقوط الضمان حتى لو تغلب لصوص غير متأولين على مدينة فقتلوا النفس وأخذوا

أحكامهم اهـ **قوله: (وبعد الإجراء تنقطع فلا يجب)** أي ولكن يستحق عذاب الآخرة اهـ إتقاني . **قوله في المتن: (وإن قتل عادل باغياً الخ)** وأصله أن ما تلف بين أهل العدل والبغي من نفس أو مال فلا ضمان فيه على واحد من الفرقتين لكن يأثم الباغي، وقال الشافعي في القديم: يجب على الباغي ضمان النفس والمال، وفي الجديد لا ضمان عليه اهـ **قوله: (وقال أبو يوسف: ولا يرث الباغي في الوجهين)** أي بخلاف ما إذا قتل العادل الباغي حيث لا يحرم الإرث بالاتفاق لأنه قتل بحق اهـ إتقاني . وكتب ما نصه: يعني العادل اهـ وكتب على قوله: في الوجهين ما نصه: أي فيما إذا قال: كنت على حق وفيما إذا قال: كنت على باطل

---

(١) أخرجه الترمذي في الفرائض (٢١٠٩)، وابن ماجه في الديات (٢٦٤٥)، والدارمي في الفرائض (٣٠٨٣).

(٢) أخرجه البخاري في الاستقراض وأداء الديون (٢٤٠٢)، ومسلم في المساقاة (١٥٥٩)، والترمذي في البيوع (١٢٦٢)، وأحمد في مسنده (٧٤٥٥).

المال أخذوا بجميعه لعدم التأويل، وكذا لو تغلب رجل أو رجلان فأخذوا المال وأتلفوا النفس بتأويل أخذوا بجميع الأحكام لعدم المنعة ثم قال صاحب الهداية :إن العادل إذا أتلف نفس الباغي أو ماله لا يضمن ولا يأثم لأنه مأمور بقتالهم دفعاً لشرهم والباغي إذا قتل العادل لا يجب عليه الضمان عندنا ويأثم لأنه لا منعة في حق الشارع وكذا قال في البدائع: لا يضمنون ما أصابوا من دمائنا وأموالنا إذا كان لهم منعة، وكذا أهل العدل لا يضمنون ما أصابوا من دمائهم وأموالهم لأن ما أتلفوا دفعاً لقتالهم عن أنفسهم والعادل إذا أتلف عادلاً عبداً أو حراً أو ماله دفعاً لقتاله لا يضمن فالباغي أولى، وفي شرح المختار: وقال محمد: إذا تابوا أفتيهم أن يغرموا ولا أجبرهم على ذلك لأنهم أتلفوا بغير حق فبسقوط المطالبة لا يسقط الضمان فيما بينه وبين الله تعالىَ، وفي المحيط: العادل إذا أتلف مال الباغي يؤخذ بالضمان لأن مال الباغي معصوم في حقنا وأمكن إلزام الضمان فكان في إيجابه فائدة بخلاف ما إذا أتلفوا مال العادل فعلى هذا ما ذكره في الهداية والبدائع من عدم وجوب الضمان محمول على ما إذا أتلفه حالة القتال بسبب القتال إذ لا يمكنه أن يقتلهم إلا بإتلاف شيء من مالهم كالخيل والقماش الذي عليهم، وعند إرسال الماء والنار عليهم، وأما إذا أتلفوها في غير هذه الحالة فلا معنى لمنع الضمان لأن مالهم معصوم واعتقاد الحرمة موجود فلا مانع من وجوب الضمان والإثم ثم أبو يوسف يقول في قتل الباغي للعادل إنه قتل بغير حق فيتعلق به حرمان الإرث كقتل الخاطئ بل أولى لأنه يأثم والخاطئ لا يأثم بالقتل والتأويل الفاسد يلحق بالصحيح في حق دفع الضمان والحاجة هنا إلى استحقاق الإرث لا إلى الدفع **ولهما أن هذا قتل حصل بتأويل صحيح** عند القاتل لانضمامه إلى المنعة، وإن كان هذا التأويل فاسداً في نفسه ألا ترى أنه يسقط به الضمان فكذا لا يوجب الحرمان وقوله: والحاجة إلى استحقاق الإرث هنا لا إلى الدفع قلنا: ممنوع بل الحاجة هنا إلى دفع الحرمان لأن الإرث يستحق بسببه كالنسب أو السبب وهو موجود فيرث به ويدفع الحرمان الذي ثبت جزاء على فعله بتأويله الفاسد بشرطه وهو أن يكون مصراً ليكون صحيحاً عنده بخلاف المخطئ فإن الخطأ لا يدفع جزاء فعله في الدنيا ألا ترى أنه يجب عليه الدية والكفارة والباغي لا يلزمه شيء من ذلك.

اهـ. **قوله: (ولهما أن هذا قتل حصل بتأويل صحيح الخ)** وقال أبو حنيفة ومحمد: إن التأويل الفاسد جعل كالصحيح في حق أحكام الدنيا ولهذا لم يجب به الضمان لا دية ولا قصاص ولا كفارة فلا يجب الحرمان أيضاً، وتحقيقه أن سبب الإرث وهو القرابة موجود فاعتبر تأويله في حق دفع الضمان فيعتبر في دفع الحرمان عن الإرث أيضاً، لكن شرط الإرث أن يكون مصراً على دعواه فإذا رجع فقد بطلت ديانته فلا إرث كما إذا قال: كنت على باطل

قال رحمه الله: (وكره بيع السلاح من أهل الفتنة) لأنه / إعانة على المعصية قال [١٠٤ب/٢] الله تعالى: ﴿وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا عل الإثم والعدوان﴾ [المائدة: ٢] ولأن الواجب قلع سلاحهم بما أمكن حتى لا يستعملوه في الفتنة فالمنع أولى.

قال رحمه الله: (وإن لم يدر أنه منهم لا) أي لم يدر أنه من أهل الفتنة لا يكره البيع له لأن الغلبة في دار الإسلام لأهل الصلاح وعلى الغالب تبنى الأحكام دون النادر وإنما يكره بيع نفس السلاح دون ما لا يقاتل به إلا بصنعة كالحديد لأن المعصية تقع بعين السلاح بخلاف الحديد، ألا ترى أن العصير والخشب الذي يتخذ منه المعازف لا يكره بيعه لأنه لا معصية في عينها، وكذا لا يكره بيع الجارية المغنية والكبش النطوح والديك المقاتل والحمامة الطيارة لأنه ليس عينها منكراً، وإنما المنكر في استعماله المحظور ثم ذكروا أن الحديد لا يجوز بيعه من أهل الحرب وأجازوه من أهل البغي والذي يظهر من الفرق أن أهل البغي لا يتفرغون لاستعمال الحديد سلاحاً لأن فسادهم على شرف الزوال بالتوبة أو بتفريق جمعهم بخلاف أهل الحرب.

اهـ إتقاني رحمه الله. (فروع) ويكره أن يبعث برؤوس البغاة أو الحربي إلى الآفاق إلا إذا كان في ذلك وهن لهم فلا بأس به ثم قتلى أهل العدل شهداء يفعل بهم كما يفعل بالشهداء يكفنون في ثيابهم ولا يغسلون ويصلى عليهم اهـ إتقاني. وقتلى أهل البغي لا يصلى عليهم سواء كانت لهم فئة أو لا هو الصحيح ولكن يغسلون ويكفنون اهـ شرح هداية للعيني. قال في التجنيس بعلامة الواو: حمل رؤوس الكفار إلى دار الإسلام مكروه لما روى عقبة بن عامر الجهني أنه أنكر أبو بكر الصديق رضي الله عنه ذلك اهـ.

كتاب اللقيط

اللقيط اسم لشيء منبوذ في اللغة **فعيل بمعنى مفعول** كالقتيل والجريح، **وفي اصطلاح الفقهاء اسم لمولود حي طرحه أهله** خوفاً من العيلة أو التهمة سمي به باعتبار ما يؤول إليه، لما أنه يلقط وهو من باب وصف الشيء بالصفة المشارفة كقوله من قتل قتيلاً فله سلبه.

قال رحمه الله: (ندب التقاطه ووجب إن خاف الضياع) لما فيه من إحياء النفس لأنه على شرف الهلاك قال الله تعالى: ﴿ومن أحياها فكأنما أحيا الناس جميعاً﴾ [المائدة:٣٢] وفي رفعه إظهار الشفقة على الأطفال وهو من أفضل الأعمال، ولهذا قيل: محرزه غانم ومضيعه آثم وقال ﷺ: «من لم يرحم صغيرنا ولم يوقر كبيرنا فليس منا»[١] ثم هو مندوب إليه إن كان في غالب رأيه أنه لا يهلك بأن وجده في المصر كما بينا ومفروض عليه إن غلب على ظنه ضياعه بأن وجده في مفازة ونحوه من المهالك صيانة له ودفعاً للهلاك عنه كمن رأى أعمى يقع في البئر ونحوه

كتاب اللقيط

عقب اللقيط واللقطة بالجهاد لما فيهما من عرضية الفوات للأنفس والأموال وقدم اللقيط على اللقطة لما أن ذكر النفس مقدم اهـ دراية. قال الإتقاني: ذكر اللقيط واللقطة بعد السير لما أن النفوس والأموال في الجهاد على شرف الهلاك، فكذلك اللقيط واللقطة على شرف الهلاك وقدم اللقيط على اللقطة لكون النفس أعز من المال وإنما قدم السير عليهما لأن في الجهاد إعلاء كلمة الله تعالى وإخلاء العالم عن الفساد الذي هو رأس كل معصية وهو الكفر، والجهاد فرض على سبيل الكفاية لقوله تعالى: ﴿اقتلوا المشركين﴾ [التوبة: ٥]، أو فرض عين إذا كان النفير عاماً وقد مر ذلك ولأن الالتقاط مندوب إليه لقوله تعالى: ﴿ومن أحياها فكأنما أحيا الناس جميعاً﴾ [المائدة:٣٢]، غاية ما في الباب أنه يجب الالتقاط إذا خيف الضياع على اللقيط ولا شك أن مرتبة الفرض أقوى فكان تقديمه أولى اهـ. **قوله**: (**فعيل بمعنى مفعول**) أو بمعنى الفاعل كأنه يدعو صاحبه إلى لقطه كما يقال: ناقة حلوب إذا كانت كثيرة اللبن كأنها تدعو صاحبها إلى الحلب وكاللقطة على ما يأتيك اهـ. مشكلات خواهرزاده **قوله**: (**وفي اصطلاح الفقهاء اسم لمولود حي طرحه أهله الخ**) قال الإتقاني: وفي الشريعة اسم لما يوجد مطروحاً على الأرض من صغار بني آدم واللقطة اسم لما يوجد مطروحاً على الأرض من الأموال اهـ **قوله في المتن**: (**ووجب**) أي فرض لما

---

(١) تقدم تخريجه.

يفترض عليه حفظه من الوقوع وهو فرض كفاية لحصول المقصود بالبعض وهو صيانته.

قال رحمه الله: (**وهو حر**) لأنه الأصل في بني آدم إذ هم أولاد حواء وآدم والأصل بقاء ما كان على ما كان حتى يوجد ما يغيره ولأن الدار دار الإسلام فمن كان فيها يكون حراً باعتبار الأصل إذ هو الظاهر والغالب، ثم هو حر في جميع أحكامه حتى أن قاذفه يحد **ولا يحد قاذف أمه** لوجود ولد منها لا يعرف له أب.

قال رحمه الله: (**ونفقته في بيت المال**) روي ذلك عن عمر وعلي رضي الله عنهما ولأنه عاجز محتاج لا مال له ولا قريب ومال بيت المال معد للصرف إلى مثله فصار كالمقعد الذي لا مال له ولا قريب ولأن ميراثه لبيت المال فتجب نفقته منه لأن الخراج بالضمان، **ولهذا كانت جنايته** فيه، وقد بينا النوع الذي يستحق فيه النفقة من بيت المال في أواخر باب الجزية من كتاب السير ولو أنفق عليه الملتقط من ماله يكون متبرعاً **لأنه ليس له ولاية الإلزام إلا أن يأمره القاضي** بالإنفاق عليه ليرجع على اللقيط بها لأن للقاضي ولاية عليه **فيكون ديناً عليه** ثم مجرد أمر القاضي بالإنفاق عليه يكفي للرجوع على اللقيط فيما ذكره الطحاوي، كما إذا قضى ديناً على شخص بأمره فإنه يرجع عليه وفي الأصح لا يرجع على اللقيط بمجرد الأمر إلا إذا صرح له بأنه ينفق عليه ليرجع عليه **لأن مطلقه قد يكون للحث والترغيب** فلا يرجع عليه بالاحتمال.

قال رحمه الله: (كإرثه وجنايته/) أي نفقته في بيت المال كما يكون إرثه له **وجنايته فيه** على ما بينا. [١٠٥/أ/٢]

سيجيء اهـ **قوله في المتن**: (**وهو حر**) أي ولو كان الملتقط عبداً اهـ كمال. وكتب ما نصه: في جميع أحكامه كما يأتي اهـ وكتب أيضاً ما نصه: لما روي في الأصل عن علي رضي الله عنه أنه قال: «اللقيط حر وولاؤه وعقله للمسلمين وعن عمر مثله وعن شريح وإبراهيم مثله»(١) اهـ إتقاني. **قوله**: (**ولا يحد قاذف أمه**) أي لأنا لا نعلم حريتها ولا يقام الحد مع احتمال السقوط اهـ كمال. **قوله في المتن**: (**ونفقته في بيت المال**) أي إذا لم يكن له مال اهـ كاكي. **قوله**: (**ولهذا كانت جنايته الخ**) وحكم ما إذا قتل اللقيط عمداً أو خطأ ينظر قبيل باب العشر والخراج من كتاب السير اهـ **قوله**: (**لأنه ليس له ولاية الإلزام إلا أن يأمره القاضي**) أي وإن كان مع اللقيط مال أو دابة فهو له ينفق عليه منه بأمر القاضي لأن اللقيط حر وما في يده فهو له بظاهر يده كذا ذكر في فتاوى الولوالجي اهـ إتقاني. وسيجيء هذا متناً وشرحاً اهـ **قوله**: (**فيكون ديناً عليه**) أي إذا كبر اهـ إتقاني. **قوله**: (**لأن مطلقه**) أي محتمل اهـ. **قوله**: (**قد يكون للحث والترغيب**) أي في إتمام ما شرع فيه من التبرع اهـ إتقاني. وكتب ما نصه:

---

(١) ذكره الزيلعي في نصب الراية (٣/٤٦٥).

قال رحمه الله: (ولا يأخذه منه أحد) أي لا يأخذ اللقيط أحد من الملتقط لأن يده سبقت إليه **فكان أحق** بحفظه ولم يكن لغيره أن ينزعه منه إلا بإذنه ولو دفعه هو إلى غيره ليس له أن يسترده لأنه رضي بإسقاط حقه ولو دفعه إلى القاضي فله أن لا يقبله منه لاحتمال أنه ولده دفعه إليه لتكون مؤنته في بيت المال وإن أقام بينة أنه لقيط أو علم القاضي بذلك، فكذلك له أن لا يقبله منه لأنه بالالتقاط التزم حفظه وتربيته ثم أراد أن يعزل نفسه **فلا يسمع منه إن شاء كالوصي** إذا أراد عزل نفسه بعد موت الموصي.

قال رحمه الله: (ويثبت نسبه من واحد) يعني **إذا ادعاه ولم يدعه الملتقط** والقياس أن لا يثبت نسبه منه لأنه يتضمن إبطال حق الملتقط في اليد **ولا يملك**

وقد يكون للرجوع اهـ. **قوله: (وجنايته فيه)** أي لو جنى اللقيط جناية خطأ على إنسان تكون ديته في بيت المال اهـ. **قوله: (فكان أحق)** أي كما في سائر المباحات اهـ إتقاني. **قوله: (فلا يسمع منه إن شاء كالوصي إلخ)** فإن مات اللقيط وترك ميراثاً أو لا فادَّعى رجل أنه ابنه لا تصح دعوته استحساناً أيضاً لأن في حالة الحياة إنما صحت دعوته النسب، لأن فيه من كل وجه وهو النسب وبالموت استغنى عن النسب بقي كلامه في دعوى الميراث فلا يصدق فيه إلا بحجة كذا في المبسوط والذخيرة اهـ كاكي. **قوله: (إذا ادَّعاه)** أي مدع أنه ابنه فالقول قوله ويثبت نسبه منه بمجرد دعواه ولو كان ذمياً اهـ كمال رحمه الله. **قوله: (ولم يدعه الملتقط)** يعني سابقاً على دعوى المدعي أو مقارناً، أما إذا ادَّعياه على التعاقب فالسابق من الملتقط والخارج أولى وإن ادَّعياه معاً فالملتقط أولى ولو كان ذمياً والخارج مسلماً لاستوائهما في الدعوى ولأحدهما يد فكان صاحب اليد أولى وهو الذمي ويحكم بإسلام الولد ثم ثبوت النسب بمجرد دعوى الخارج استحساناً، والقياس أن لا يثبت إلا ببينة لأنه يتضمن إبطال حق ثابت بمجرد دعواه وهو حق الحفظ الثابت للملتقط وحق الولاء الثابت لعامة المسلمين وجه الاستحسان أنه إقرار للصبي بما ينفعه لأنه يتشرف بالنسب ويتأذى بانقطاعه إذ يعير به ويحصل له من يقوم بتربيته ومؤنته راغباً في ذلك غير ممتن به ويد الملتقط ما اعتبرت إلا لحصول مصلحته هذه لا لذاتها ولا لاستحقاق ملك وهذا مع زيادة ما ذكرنا حاصل بهذه الدعوى فتقدم عليه ثم يثبت بطلان يد الملتقط ضمناً مرتباً على وجوب اتصال هذا النفع إليه لأن الأب أحق بكونه في يده من الأجنبي وصار كشهادة القابلة على الولادة تصح ثم يترتب عليها استحقاق الميراث ولو شهدت عليه ابتداء لم يصح وكثير من المشايخ لا يذكرون غير هذا وذكر بعضهم أن عند البعض يثبت نسبه من المدعي ويكون في يد الملتقط للجمع بين منفعتي الولد والملتقط وليس بشيء اهـ كمال رحمه الله. **قوله: (ولا يملك ذلك)** أي إلا ببينة اهـ **قوله: (ويعير)** أي يذم اهـ.

ذلك، وجه الاستحسان أنه إقرار بما ينفعه وهو محتاج إليه لأنه يتشرف بالنسب **ويعير** بعدمه والملتقط لا ينازعه فيه فصحت دعوته. ثم من ضرورة ثبوت النسب أن يكون هو أحق بحفظ ولده من الأجنبي وكم من شيء يثبت ضمناً وإن لم يثبت قصداً. وقيل: يصح في حق النسب دون إبطال اليد للملتقط لأن يده تثبت في وقت لا منازع له فيه فلا يقدر على إبطالها. والأصح الأول لما ذكرنا **هذا إذا لم يدع الملتقط معه وإن ادعاه فدعوة الملتقط أولى إن كان ذمياً والآخر مسلماً** لأنه صاحب يد والقياس أن لا تقبل دعوة الملتقط أصلاً لأنه تناقض كلامه بدعواه أنه ابنه بعد ما أقر أنه لقيط، ولأنه بإقراره يلزم اللقيط حكم النسب، والإقرار على الغير لا يصح. وجه الاستحسان أنه إقرار على نفسه بأنه تلزمه نفقته ويجب عليه أن يحفظه ويكتسب له ما ينفعه، وقد يخفى على الإنسان ولده الصغير ثم يعرفه والتناقض فيما يخفى لا يمنع القبول كالملاعن إذا أكذب نفسه، وقيل: يقبل قوله قياساً واستحساناً لأنه ليس فيه إبطال يد أحد والنسب ينفعه على ما بينا بخلاف دعوة الأجنبي، والأصح أنه على القياس والاستحسان كدعوة الأجنبي **وإن اختلف وجه القياس فيهما** على ما بيناه.

قال رحمه الله: (ومن اثنين) أي **يثبت نسبه من اثنين أيضاً** كما يثبت من واحد وذلك عند عدم المرجح لأحدهما من يد أو بينة أو ذكر علامة فيكون ابنهما لاستوائهما في النسب والنسب يثبت من اثنين أيضاً عند الاستواء في الحجة عندنا على ما بينا في باب الاستيلاد.

قوله: (هذا إذا لم يدع الملتقط معه) قال الإتقاني: أما إذا لم يدعه من هو في يده فهو ابن المدعي سواء صدق الذي هو في يديه أو كذبه اهـ. **قوله: (وإن ادعاه فدعوة الملتقط أولى)** قال الكرخي في مختصره: فإن سبق الذي هو في يده أو الخارج فهو للمدعي الأول منهما إلا أن يقيم الآخر بينة أنه ابنه فيكون ابن الذي أقام البينة دون المدعي اهـ إتقاني. وسيأتي هذا في كلام الشارح اهـ **قوله: (وإن كان ذمياً والآخر مسلماً)** أي حتى لو كان في يد ذمي يدعي أنه ابنه وأقام بينة من المسلمين أنه ابنه قضي للذمي بحكم يده وأما لو كان المدعي للقيط خارجين وأحدهما مسلم والآخر ذمي وأقاما بينة من المسلمين يقضى للمسلم اهـ كاكي. **قوله: (وقد يخفى على الإنسان ولده الصغير)** أي ويظن أنه لقيط اهـ. وكتب ما نصه: فربما يكون الصبي منبوذاً لبعض الحوادث فيظن الملتقط أنه لقيط ثم يتبين أنه ولده فلا تناقض إذاً اهـ إتقاني. **قوله: (وإن اختلف وجه القياس فيهما)** أي فإن وجه القياس في الخارج استلزامه إبطال حق بمجرد دعوى وهنا هو استلزامه التناقض لأنه لما ادعى أنه لقطه كان نافياً نسبه فلما ادعاه تناقض اهـ. **قوله: (يثبت نسبه من اثنين أيضاً)** أي فإن ادعاه أكثر من رجلين روي عن أبي حنيفة أنه يسمع من خمسة. وقال أبو يوسف: من اثنين ولا يسمع

قال رحمه الله: ﴿وإن وصف أحدهما علامة به﴾ أي بالولد (فهو أحق به) لأن ذكر العلامة يدل على أنه كان في يده فالظاهر أنه له فيترجح بها بخلاف اللقطة حيث لا يترجح صاحب العلامة عند التنازع فيها، لأن الترجيح لا يعتبر إلا بعد وجود سبب الاستحقاق وقد وجد ذلك في اللقيط وهو الدعوى دون اللقطة، ألا ترى أن أحدهما لو انفرد بها يؤمر بالتسليم في اللقيط، واعتبار العلامة له أصل في الشرع قال الله تعالى: ﴿إن كان قميصه قدّ من قبل﴾ [يوسف:٢٦] الآية، وقال الله تعالى: ﴿تعرفهم بسيماهم﴾ [البقرة:٧٣]، وإن وافق بعض العلامة وخالف البعض سقط الترجيح إذ ليس أحدهما بأولى من الآخر بالاعتبار ولو سبقت دعوة أحدهما فهو ابنه لعدم النزاع ولو ادعى الآخر بعده لا يقبل إلا ببينة لأن البينة أقوى **ولو ادعت امرأتان قضي به لهما عند أبي حنيفة وعندهما لا يقضى لواحدة منهما** لأن ثبوت النسب منهما **يتعلق** بحقيقة الولادة **وهو محال منهما** بخلاف الرجل.

من أكثر من ذلك وقال محمد: يسمع من ثلاثة ولا يسمع من أكثر من ذلك اهـ بدائع. وكذا في شرح الإتقاني والكمال بمعناه اهـ **قوله في المتن:** ﴿**وإن وصف أحدهما علامة به**﴾ أي إذا ادَّعاه اثنان ووصف أحدهما علامة في جسده فهو أولى به قال الإتقاني: هذا إذا ادعى نسب الولد رجلان خارجان لأنه إذا كان أحدهما ذا اليد كان هو أولى به إلا إذا أقام الآخر البينة قال الإمام الإسبيجابي: ولو ادعاه رجلان أنه ابنهما فإن كان أحدهما مسلماً، والآخر ذمياً فإنه يقضى به للمسلم وإن كانا مسلمين فأيهما أقام البينة قضي له، ولو أقاما جميعاً البينة قضي لهما ولو لم يقيما البينة غير أن أحدهما وصف بجسده علامات فأصاب والآخر لم يصف فإنه يجعل ابن الواصف ولو لم يصف كل واحد منهما فإنه يجعل ابنهما وذلك لأن العلامة تصلح أن تكون مرجحة كما في متاع البيت اهـ. قال الكمال: ولو أقاما البينة وأحدهما مسلم كان ابناً للمسلم ولو لم يصف أحدهما علامة كان ابنهما لاستوائهما في سبب الاستحقاق وهو الدعوى، وكذا لو أقاما وهما مسلمان ولو كانت دعوى أحدهما سابقة على الآخر كان ابنه، ولو وصف الثاني علامة لثبوته في وقت لا منازع له فيه وإنما قدم ذو العلامة للترجيح بها بعد ثبوت سببي الاستحقاق بينهما وهو دعوى كل منهما اهـ ما قاله الكمال. وكتب ما نصه: قال الكمال: ولو ادعاه اثنان خارجان معاً ووصف أحدهما علامة في جسده فطابق فهو أولى به من الآخر إلا أن يقيم الآخر البينة فيقدم على ذي العلامة أو كان مسلماً وذو العلامة ذمي اهـ **قوله:** ﴿**ولو ادعت امرأتان قضي به لهما إلخ**﴾ ولو ادَّعت امرأتان اللقيط أنه ولدهما وكل واحد منهما يقيم البينة على رجل على حدة أنها ولدته منه قال أبو حنيفة: يصير ولدهما من الرجلين جميعاً وقالا: لا يصير ولدهما ولا ولد الرجلين اهـ قاضيخان. ولو ادعته امرأة أنه ابنها فإن صدقها زوجها أو شهدت لها القابلة أو أقامت بينة صحت دعواها وإلا فلا لأن فيه حمل النسب على الغير وأنه لا يجوز اهـ بدائع.

قال رحمه الله: (**ومن ذمي وهو مسلم** إن لم يكن في مكان أهل الذمة) أي يثبت نسبه/ من ذمي إذا ادعاه ويكون اللقيط مسلماً إن لم يوجد في مكان أهل [١٠٥/ب/٢] الذمة وهذا استحسان لأن دعوته تتضمن النسب، وهو نفع له وإبطال الإسلام الثابت بالدار يضره فصحت فيما ينفعه دون ما يضره ولا يلزم من كونه ابناً له أن يكون كافراً كما لو أسلمت أمه والقياس أن لا تقبل دعوته لأنه حكم له بالإسلام فلو جعل ابناً له صار تبعاً له في الدين وهو يضره، وجه الاستحسان ما بيناه، وقوله :إن لم يكن في مكان أهل الذمة تصريح بأن المعتبر هو المكان وقد اختلف المشايخ فيه فحاصله أن هذه المسألة على أربعة أوجه. أحدها: أن يجده مسلم في مكان المسلمين كالمسجد أو القرية أو المصر للمسلمين فيكون مسلماً. والثاني: أن يجده كافر في مكان أهل الكفر كالبيعة والكنيسة وقرية من قراهم فيكون كافراً. والثالث: أن يجده كافر في مكان المسلمين. والرابع: أن يجده مسلم في مكان الكافرين ففي هذين الفصلين اختلفت الرواية، **ففي كتاب اللقيط**: **العبرة للمكان لسبقه** ولأن المسلم لا يضع ولده في البيعة ولا الكافر في المساجد، **وفي رواية ابن سماعة عن محمد**: **العبرة للواجد** لقوة اليد، **ألا ترى أن تبعية الأبوين فوق تبعة الدار** حتى إذا سبي الصغير مع أحد أبويه يعتبر كافراً فكذا هذا مع يد الواجد لا يعتبر المكان لأنه كالأب في حقه لقيامه بتربيته، **وفي رواية**، أيهما كان موجباً لإسلامه فهو المعتبر لأن الإسلام يعلو ولا يعلى

قوله: **(عند أبي حنيفة)** أي في رواية أبي حفص اهـ إتقاني. **قوله**: **(وعندهما لا يقضى لواحدة منهما)** أي وهو رواية أبي سليمان عن أبي حنيفة اهـ إتقاني. **قوله**: **(وهو محال منهما)** أي ولأبي حنيفة أنه جعل مجازاً عن دعوى الإرث والتربية وهو من أحكام النسب كما في حق الرجلين اهـ إتقاني. **قوله في المتن**: **(ومن ذمي وهو مسلم الخ)** قال الكمال: وإذا حكمنا بأنه ابن الذمي وهو مسلم فيجب أن ينزع من يده إذا قارب أن يعقل الأديان كما قلنا: في الحضانة إذا كانت أمه المطلقة كافرة اهـ **قوله**: **(ففي كتاب اللقيط العبرة للمكان لسبقه)** أي والسبق من أسباب الترجيح اهـ فتح. **قوله**: **(وفي رواية ابن سماعة عن محمد العبرة للواجد)** أي كالمباحات التي تستحق بسبق اليد اهـ إتقاني. **قوله**: **(ألا ترى أن تبعية الأبوين فوق تبعية الدار)** أي لأن بينه وبين الأبوين جزئية ولا جزئية بينه وبين المكان اهـ كاكي. **قوله**: **(وفي رواية)** أي في كتاب الدعوى اهـ إتقاني. قال الكمال: وفي كتاب الدعوى اختلفت النسخ، في بعض النسخ اعتبر الواجد في الفصلين وفي بعض نسخه أي نسخ كتاب الدعوى من المبسوط اعتبر الإسلام أي ما يصير الولد به مسلماً نظراً للصغير، ولا ينبغي أن يعدل عن ذلك فعلى هذا لو وجده كافر في دار الإسلام أو مسلم في كنيسة كان مسلماً فصارت الصور أربعاً اتفاقيتان وهو ما إذا وجده مسلم في قرية من قرى المسلمين فهو مسلم أو

وهو أنفع له أيضاً، وفي رواية يحكم زيه فإن كان عليه زي المسلمين فهو مسلم **وإن كان عليه زي الكفرة نحو الصليب والزنار فهو كافر**.

قال رحمه الله: **(ومن عبد وهو حر)** أي يثبت نسبه من عبد إذا ادعاه **ويكون الولد حراً** لأن ثبوت النسب منه تمحض منفعة في حقه وهو لا يتبعه في الرق، وإنما يتبع أمه وقد تلد حرة فيكون ولده حراً فلا تبطل الحرية الثابتة بالدار بالوهم ولو قال العبد: هو ولدي من زوجتي وهي أمة فصدقه مولاها ثبت نسبه ويكون حراً عند محمد لأنه حر باعتبار الأصل فلا تبطل الحرية بتصادق العبد وسيدها، وقال أبو يوسف: يكون عبداً لسيدها لأن الأمة أمه فإذا ثبت النسب منها ثبت ما هو من ضروراته وهو الرق إذ يستحيل أن يكون المولود بين رقيقين حراً بخلاف الذمي على ما بينا قلنا :لا يستحيل ذلك لأنه يجوز عتقه قبيل الانفصال وبعده فلا تبطل الحرية الثابتة بالدار بالشك والحر في دعوة اللقيط أولى من العبد، ولو ادعاه حران أحدهما أنه ابنه من هذه الحرة والآخر من الأمة فالذي يدعي من الحرة أولى لأنه أكثر إثباتاً لكونه يثبت جميع أحكام النسب ولو كانت الأمة سرية له لأنه يثبت الأحكام من جانب والآخر من الجانبين فكان أولى والمسلم أحق من الذمي عند التنازع لأنه أنفع له إذا كان حراً، وإن كان عبداً فالذمي أولى لأن الترجيح بالإسلام يكون عند الاستواء ولا استواء وكذا العبد لا يترجح باليد.

قال رحمه الله: (ولا يرق إلا ببينة) لأنه حكم بحريته بالدار فلا يتغير ذلك إلا بحجة ويشترط أن يكون الشهود مسلمين لأنه مسلم بالدار أو باليد فلا يحكم عليه

كافر، في نحو كنيسة فهو كافر واختلافيتان وهما مسلم في نحو كنيسة أو كافر في نحو قرية للمسلمين اهـ. **قوله: (وإن كان عليه زي الكفرة نحو الصليب والزنار فهو كافر)** أي كما إذا اختلط موتانا بموتى الكفار يعتبر الزي والعلامة للفصل اهـ كاكي. **قوله في المتن: (ومن عبد وهو حر)** قال في الفتاوى الولوالجي: ولو وجد العبد اللقيط ولم يعرف ذلك إلا بقوله وقال المولى: كذبت بل هو عبدي فالقول قول المولى إن كان العبد محجوراً لأن ما في يد المحجور كأنه في يد المولى لأنه ليس له يد على نفسه، ولهذا لو أقر بعين آخر في يده لغير المولى لم يصح إقراره إذا كذبه المولى كما لو كان العين في يد المولى، وإن كان مأذوناً له في التجارة فالقول قول العبد لأن للمأذون يداً على نفسه ولهذا لو أقر بعين آخر في يده لعبد المولى يصح إقراره وإن كذبه المولى فيكون القول قوله فيما في يده قوله: وإن كذبه المولى فيكون القول قوله أي فيكون الولد الذي في يده حراً إلا أن يقيم سيده بينة أنه عبده اهـ كمال. **قوله: (ويكون الولد حراً)** أي لأن دعواه تضمنت شيئين النسب والرق ففي الأول نفع الصبي لأنه يحصل له الشرف بثبوت النسب فيثبت ذلك وفي الثاني ضرر

بشهادة الكفار إلا إذا اعتبر كافراً بوجوده في موضع أهل الذمة على ما بينا **والخصم فيه هو الملتقط** باعتبار يده لأنه يمنعه عنه ويزعم أنه أحق بحفظه فيقيم عليه البينة ليتوصل إلى حقه، وكذا إذا صدقه اللقيط قبل البلوغ لا يسمع تصديقه لأنه يضرّ به نفسه بعد الحكم بالحرية بخلاف ما إذا كان صغيراً في يد رجل فادعى أنه/ عبده [١٠٦/٢/١] وصدقه الغلام فإنه يكون عبداً له، وإن لم يدرك لأنه لم يعرف إلا في يده فالقول: قول ذي اليد كالذي لا يعبر عن نفسه لقيام يده لا بتصديقه، ولهذا لو سكت يكون عبداً له لكن إذا رد لا يصح لقيام يده من وجه، وإن صدقه بعد الإدراك ينظر فإن كان بعد ما أجري عليه شيء من أحكام الأحرار من قبول شهادته وحد قاذفه لا يصح إقراره بالرق لأنه اتصل به التكذيب من جهة الشرع فصار كما لو اتصل به التكذيب من جهة المقر له.

قال رحمه الله: **(وإن وجد معه مال فهو له)** لأنه في يده وهو من أهل الملك لكونه حراً فيكون ما في يده له بظاهر يده، **وكذا إذا كان المال مشدوداً عل الدابة، واللقيط عليها** لشهادة الظاهر من حاله **ويصرفه الملتقط إليه بأمر القاضي** عند البعض لأنه مال ضائع لا يعرف له مالك، وللقاضي ولاية صرف مثله إليه وقيل: يصرفه إليه بغير أمره لأنه مال اللقيط ظاهراً لما ذكرنا، ومن شده وجعله له ظاهراً وللملتقط ولاية الإنفاق وشراء ما لا بد منه **لمصلحة اللقيط من ماله**، ولا يقال: الظاهر لا يصلح

فلا يثبت ذلك لأن الظاهر هو الحرية اهـ إتقاني. **قوله: (والخصم فيه الخ)** جواب سؤال مقدر هو أن يقال: البينة لا تقوم إلا على خصم منكر ولا خصم هنا اهـ. **قوله: (هو الملتقط)** أي لأنه أحق بثبوت يده عليه، فلا تزول إلا ببينة هنا وإنما قلنا هنا كيلا ينقض بما إذا ادعى خارج نسبه فإن يده تزول بلا بينة على الأوجه. والفرق أن يده لمنفعة الولد وفي دعوى النسب منفعة تفوّت المنفعة التي أوجبت اعتبار يد الملتقط فتزول لحصول ما يفوت المقصود من اعتبارها وهنا ليس دعوى العبدية كذلك، بل هو بما يضره لتبديل صفة المالكية بالمملوكية فلا تزول إلا ببينة اهـ كمال رحمه الله. **قوله في المتن: (وإن وجد معه مال فهو له)** أي ثم الملتقط ينفق عليه من ذلك المال بأمر القاضي لعموم ولاية القاضي وهذا لأنه نصب ناظراً لأمور المسلمين وهو ظاهر الرواية قال في الشامل وهو مصدق في نفقة مثله اهـ إتقاني. **قوله: (وكذا إذا كان المال مشدوداً على الدابة واللقيط عليها)** قال الحاكم في الكافي: وإن وجد اللقيط على دابة فالدابة له اهـ إتقاني. **قوله: (ويصرفه الملتقط إليه بأمر القاضي)** قال الكمال: لأنه مال ضائع أي لا حافظ له ومالكه، وإن كان معه فلا قدرة له على الحفظ، وللقاضي ولاية صرف مثله إليه وكذا الغير الواجد بأمره اهـ. قوله: وللقاضي ولاية صرف مثله إليه أي وكذا لغيره بأمره اهـ كافي. **قوله: (لمصلحة اللقيط من**

للاستحقاق بل للدفع لأنا نقول: غرضنا بذلك دفع الغير فإذا اندفع يبقى المال ضائعاً فيصرفه عليه على أنه ملكه أو بيت المال.

قال رحمه الله: (**ولا يصح للملتقط عليه نكاح وبيع وإجارة**) لأن ولاية التزويج على الغير تستحق بقرابة أو ملك أو سلطنة ولم يوجد شيء منها والتصرف في المال لا يجوز إلا بكمال الرأي ووفور الشفقة، وذلك يوجد في الأب والجد لا غير، **ولهذا لا تملكه الأم مع أنها تملك الإنكاح** فذا أولى **وهذا لأن في كل منهما** لم يوجد إلا شطر العلة، وهي كمال الشفقة فيها وكمال الرأي فيه فصار كالعم والإجارة لا يملكها من لا يملك إتلاف منافعه بالاستخدام بلا عوض والملتقط لا يملكه فلا يملك أن يؤجره كالعم **بخلاف الأم فإنها تملكه** على ما عرف في موضعه، **وذكر القدوري أن له أن يؤجره لأنه يرجع إلى تثقيفه**، والأول أصح وهو رواية الجامع الصغير.

قال رحمه الله: (**ويسلمه في حرفة**) لأنه نفع محض يهذب نفسه ويطلع صاحب الحرفة، والاشتغال به يمنعه عن الاشتغال بالفساد فيكون سبب سعادته في الدنيا والآخرة.

قال رحمه الله: (ويقبض هبته) أي إذا وهب للقيط هبة فللملتقط أن يقبضها لأنه نفع محض وليس فيها احتمال خلافه، ولهذا يملكه الصغير بنفسه إذا كان مميزاً والله سبحانه وتعالى أعلم.

ماله) أي وبهذا قال أحمد اهـ فتح. وفي المبسوط: وكذا تكون الدابة له لسبق يده إليه فإن المركوب تبع لراكبه وهو كمال آخر معه اهـ كاكي. **قوله في المتن: (ولا يصح للملتقط عليه نكاح وبيع)** أي وشراء ليستحق الثمن ديناً عليه لأن الذي إليه ليس إلا الحفظ والصيانة وما من ضروريات ذلك اهـ فتح. **قوله: (ولهذا لا تملكه الأم مع أنها تملك الإنكاح)** أي عند عدم العصبة اهـ **قوله: (وهذا لأن في كل منهما)** أي من الأم والملتقط اهـ **قوله: (بخلاف الأم فإنها تملكه)** أي تملك استخدام ولدها وإجارته اهـ **قوله: (وذكر القدوري أن له أن يؤجره)** سيأتي في آخر الكراهية أن هذا أقرب لأن فيه نفعاً محضاً اهـ **قوله: (لأنه يرجع إلى تثقيفه)** أي تقويمه اهـ **قوله في المتن: (ويسلمه في حرفة)** أي لأنه من باب التثقيف وحفظ حاله عن الشتات وصيانته عن الفساد اهـ فتح.

كتاب اللقطة

اللقطة مثل اللقيط في الاشتقاق والمعنى فإن كلاً منهما مشتق من الالتقاط وهو الرفع، واللقطة بضم اللام وفتح القاف اسم الفاعل للمبالغة، وبسكون القاف اسم المفعول كالضحكة والضحكة وسمي هذا المال الملقوط باسم الفاعل منه لزيادة معنى اختص به، وهو أن كل من رآها يميل إلى رفعها فكأنها تأمره بالرفع لأنها حاملة عليه فأسند إليها مجازاً فجعلت كأنها هي التي رفعت نفسها، ونظيره قولهم: ناقة حلوب ودابة ركوب وهو اسم فاعل سميت بذلك لأن من رآها يرغب في الركوب والحلب فنزلت كأنها حلبت نفسها أو ركبت نفسها.

قال رحمه الله: (لقطة الحل والحرم أمانة إن أخذها ليردها على ربها وأشهد) لأن الأخذ على هذا الوجه مأذون فيه شرعاً بل هو الأفضل عند عامة العلماء، **ويجب** إذا خاف ضياعه فإذا كان كذلك لا يكون مضموناً عليه وصاحبها أيضاً يرضى بالأخذ ليحفظها له عادة فقد وجد منه الرضا دلالة فلا يجب عليه الضمان، وإنما قلنا بأنه / [١٠٦ب/٢]

كتاب اللقطة

مناسبة الكتابين أعني كتاب اللقيط وكتاب اللقطة في غاية الظهور لوجود معنى اللقط فيهما جميعاً إلا أن اللقيط اختص بالمنبوذ من بني آدم واللقطة اختصت بالمنبوذ من المال لأن فعله يدل على معنى الفاعل كالهمزة واللمزة والضحكة بفتح الحاء المال المنبوذ كأنها تلقط نفسها لكثرة رغبات الناس فيها وميلان الطبع إليها فسمي لقطة على الإسناد المجازي وفي المنبوذ من بني آدم إباء عن قبوله للزوم نفقته ومؤنته فسمي لقيطاً أي ملقوطاً على سبيل التفاؤل وإرادة الصلاح في حاله كما سمي اللديغ سليماً والمهلكة مفازة اهـ إتقاني. وقال الكمال: هي أي اللقطة فعلة بفتح العين وصف مبالغة للفاعل كهمزة ولمزة ولعنة وضحكة لكثير الهمز وغيره وبسكونها للمفعول كضحكة وهزأة الذي يضحك منه ويهزأ به، وإنما قيل للمال لقطة بالفتح لأن طباع النفوس في الغالب تتبادر إلى التقاطه لأنه مال فصار المال باعتبار أنه داع إلى أخذه بمعنى فيه نفسه كأنه الكثير الالتقاط مجازاً وإلا فحقيقة الملتقط الكثير الالتقاط وما عن الأصمعي وابن الأعرابي أنه بفتح القاف اسم للمال أيضاً محمول على هذا يعني يطلق على المال أيضاً اهـ كلام الكمال. **قوله: (ويجب الخ)** تبع صاحب الكافي في التعبير بلفظ الوجوب، وفي الخلاصة يفترض وعلى هذا فالمراد بالوجوب الافتراض وقال في الهداية: أي الالتقاط الواجب إذا خاف الضياع على ما قالوا اهـ. وكتب ما نصه: أي يفترض كما تقدم في اللقيط اهـ قال الإتقاني: ثم الأصل في جواز

مأذون فيه شرعاً لقوله ﷺ: «من وجد لقطة فليشهد ذوي عدل **وليحفظ عفاصها ووكاءها** فإن جاء صاحبها فلا يكتم فهو أحق بها وإن لم يجئ صاحبها فهو مال الله تعالى يؤتيه من يشاء»(١) رواه أحمد وابن ماجه وهذا مطلق فيتناول لقطة الحل والحرم وقالت **المتقشفة**: لا يحل له أن يرفعها لأن مال الغير لا يجوز إثبات اليد عليه إلا بإذنه كما لا يجوز تناوله إلا بإذنه، **وقال بعض المتقدمين من أئمة التابعين: يحل له أن**

أخذ اللقطة قوله عليه الصلاة والسلام: «من أخذ لقطة فليشهد ذوي عدل»(٢) قال في الشامل في قسم المبسوط: أخذ اللقطة مندوب إليه لقوله تعالى: ﴿وتعاونوا على البر والتقوى﴾ [المائدة:٢]، وقال في شرح الطحاوي: إذا وجد لقطة فالأفضل له أن يرفعها إذا كان يأمن على نفسه وإذا كان لا يأمن لا يرفعها، وقال في شرح الأقطع: يستحب أخذ اللقطة ولا يجب قال في النوازل: قال أبو نصر محمد بن محمد بن سلام: ترك اللقطة أفضل في قول أصحابنا من رفعها ورفع اللقيط أفضل من تركه، وقال في خلاصة الفتاوى: وإن خاف ضياعها يفترض الرفع وإن لم يخف يباح رفعها، أجمع العلماء عليه والأفضل الرفع في ظاهر المذهب. إلى هنا لفظه، وقال في الفتاوى الولوالجي: اختلف العلماء في رفعها قال بعضهم: رفعها أفضل من تركها. وقال بعضهم: يحل رفعها وتركها أفضل. وجه القول الأول: أنه لو تركها لا يأمن من أن يصل إليها يد خائنة فيمنعها عن مالكها. وجه القول الثاني: أن صاحبها ربما يطلبها في الموضع الذي سقطت منه فإذا تركها وجدها صاحبها في ذلك الموضع ثم قال: والأول أصح وقال الإسبيجابي في شرح الطحاوي: ولو رفعها ووضعها في مكانها ذلك فلا ضمان عليه في ظاهر الرواية، وقال بعض مشايخنا: هذا إذا أخذ ولم يبرح عن ذلك المكان حتى وضع هناك فأما إذا ذهب عن مكانه ذلك ثم أعادها ووضعها فيه فإنه يضمن وقال بعضهم :إذا أخذها ثم أعادها إلى ذلك المكان فهو ضامن ذهب عن ذلك المكان أو لم يذهب، وهذا خلاف ظاهر الرواية إلى هنا لفظ الإسبيجابي رحمه الله تعالى. (فرع) من سقط منه مال في الطريق وأخذه إنسان ليرده على مالكه ثم رده إلى مكانه لم يضمن لأنه في ذلك المكان في يد صاحبه حكماً ورده إليه كرده إلى صاحبه اهـ فتح. في كتاب السرقة في نقب اللص وانظر ما كتب على قوله في المتن: وعرف إلخ فإنه نافع اهـ **قوله: (وليحفظ عفاصها ووكاءها)** العفاص الوعاء الذي تكون فيه النفقة من جلد أو خرقة أو غير ذلك والوكاء الرباط الذي يشد به اهـ كاكي. قال الإتقاني: والوكاء رباط القربة. **قوله: (المتقشفة)** المتقشفة المتعمقة في الدين وأصل المتقشف الذي لا يتعاهد النظافة ثم قيل للمتزهد الذي يقنع بالمرقع من الثياب والوسخ متقشف

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) أخرجه أبو داود في اللقطة (١٧٠٩)، وابن ماجه في الأحكام (٢٥٠٥)، وأحمد في مسنده (١٧٠٢٧) واللفظ له.

يرفعها والترك أفضل لأن صاحبها يطلبها في ذلك الموضع والحجة عليهم ما بينا، **ولأنه لو تركها لا يأمن أن يصل إليها يد خائنة** فيكتمها عن مالكها قالوا: إذا كان يخاف على نفسه الطمع فيها فالترك أفضل صيانة لنفسه عن الوقوع في المحرم وإذا أخذها عرّفها حتى يوصلها إلى مالكها والإشهاد لنفي التجاحد حتى لو صدقه صاحبها أنه أخذها ليردها عليه لا يضمن وإن لم يشهد لأن إقراره حجة عليه كالبينة ولو أقر أنه أخذها لنفسه ضمن لوجود التعدي على مال الغير فصار كالغاصب، وقال ﷺ: «على اليد ما أخذت حتى ترد» وإن لم تشهد عند الالتقاط وادعى أنه أخذها للرد وادعى صاحبها أنه أخذها لنفسه فالقول لصاحبها: ويضمن الملتقط قيمتها عندهما. **وقال أبو يوسف: القول قول الملتقط فلا يضمن** لأن أخذها لصاحبها حسبة ولنفسه معصية **فكان حمل فعله على الصلاح أولى من حمله على الفساد** ولأن الملتقط منكر والمالك مدع للضمان فالقول قول المنكر ولهما أنه أخذ مال الغير بغير إذنه وهو سبب الضمان فيضمن وهذا لأن الإذن مقيد بالإشهاد على ما روينا وإذا لم يشهد لم يوجد فيضمن وما ذكره من الظاهر يعارضه مثله، وهو أن الظاهر أن يكون المتصرف عاملاً لنفسه وصار نظير ما لو أخذ مال الغير وادعى أنه وديعة قالوا: هذا الاختلاف عند الإمكان، وأما إذا لم يمكنه بأن لم يجد أحداً يشهده أو خاف عليها من الظلمة **فلا يضمن بالاتفاق** لأن ترك الإشهاد إنما يدل على أنه أخذها لنفسه عند القدرة وإن

من القشف وهو شدة العيش وخشونته اهـ مغرب. **قوله: (وقال بعض المتقدمين من أئمة التابعين: يحل له أن يرفعها)** وبه قال أحمد اهـ فتح وكتب ما نصه: لأنه عليه الصلاة والسلام لم ينه عن ذلك ولا أنكر على من فعله بل أمره بتعريفها اهـ فتح. **قوله: (ولأنه لو تركها لا يأمن أن يصل إليها يد خائنة)** قال الكمال: فإن غلب على ظنه ذلك إن لم يأخذها ففي الخلاصة يفترض الرفع ولو رفعها ثم بدا له أن يضعها مكانها، ففي ظاهر الرواية لا ضمان عليه وسنذكره اهـ. وكتب ما نصه: فيضيع ماله فكان رفعها وسيلة إلى إيصال الحق إلى مستحقه، ولهذا قالوا: يجب إذا خاف الضياع اهـ كافي شرح الوافي. وقال في الهداية: وهو الواجب إذا خاف الضياع على ما قالوا اهـ. قوله: وهو أي أخذ اللقطة اهـ **قوله: (وقال أبو يوسف: القول قول الملتقط فلا يضمن)** أي وبه قال الشافعي ومالك وأحمد لأن الإشهاد غير واجب عليه عندهم بل هو مستحب، وذكر في شرح الأقطع قول محمد مثل قول أبي يوسف في أنه لا يضمن والقول له مع يمينه أنه أخذها للرد اهـ كاكي. وكتب ما نصه: قال الطحاوي: وبه نأخذ اهـ إتقاني. **قوله: (فكان حمل فعله على الصلاح أولى من حمله على الفساد)** أي ولأن الأخذ مأذون فيه شرعاً بقيد كونه للمالك فإذا أخذ إن لم يكن الظاهر أنه أخذه للمالك فأقل ما في الباب أن يكون مشكوكاً في أنه أخذه له أو لنفسه فلا يضمن بالشك

أشهد عند الأخذ وعرفها ثم ردها إلى موضعها لم يضمن، **وذكر الحاكم في مختصره إن ردها بعد ما حوّلها ضمن** لأنه بالتحويل التزم حفظها وبالرد صار مضيعاً لها، ولا كذلك قبل التحويل بخلاف ما إذا لم يشهد حيث لا يبرأ من الضمان به اتفاقاً لأن الظاهر أنه أخذه لنفسه فلا يبرأ بغير الرد على صاحبه ويكفيه في الإشهاد أن يقول: من رأيتموه ينشد الضالة فدلوه عليَّ سواء كانت اللقطة واحدة أو أكثر.

قال رحمه الله: ﴿**وعرّف إلى أن علم أن ربها لا يطلبها**﴾ أي عرف اللقطة إلى أن

اهـ كمال. **قوله**: ﴿**فلا يضمن بالاتفاق**﴾ أي والقول قوله مع يمينه كوني منعني من الإشهاد كذا اهـ فتح. **قوله**: ﴿**وذكر الحاكم في مختصره إن ردها بعد ما حولها ضمن**﴾ وفي الينابيع: يضمن سواء حولها أو لم يحولها وهو خلاف ظاهر الرواية وهو الأصح اهـ. **قوله في المتن**: ﴿**وعرّف إلى أن علم أن ربها لا يطلبها**﴾ قال في شرح الطحاوي: ولو قال: التقطت لقطة أو ضالة أو قال: عندي شيء فمن سمعتموه يسأل شيئاً فدلوه علي فلما جاء صاحبها قال :هلكت لا ضمان عليه، وكذا لو وجد لقطتين وقال: من سمعتموه يسأل شيئاً فدلوه علي ولم يقل عندي لقطتان، وكذلك لو قال: عندي لقطة برئ من الضمان وإن كانت عشراً وهذا كله إشهاد أنه إنما أخذها ليردها على صاحبها قاله الإتقاني، وقال الكمال: ولا فرق بين كون اللقطة واحدة أو أكثر لأنه أي اللقطة بتأويل الملتقط اسم جنس ولا يجب أن يعين ذهباً أو فضة خصوصاً في هذا الزمان قال الحلواني: أدنى ما يكون من التعريف أن يشهد عند الأخذ ويقول آخذها لأردها فإن فعل ذلك و لم يعرفها كفى فجعل التعريف إشهاداً وقول المصنف: يكفيه من الإشهاد أن يقول إلخ يفيد مثله فاقتضى هذا الكلام أن يكون الإشهاد الذي أمر به في الحديث هو التعريف وقوله عليه الصلاة والسلام: «من أصاب ضالة فليشهد»(١) معناه فليعرفها ويكون قوله: ذا عدل ليفيد عند جحد المالك التعريف أي الإشهاد فإنه إذا استشهد ثم عرف بحضرته لا يقبل ما لم يكن عدلاً وإلا فالتعريف لا يقتصر على ما يحضره العدول، وعلى هذا فخلاف أبي يوسف فيما إذا لم يعرفها أصلاً حتى ادعى ضياعها وادعى أنها كانت عنده ليردها، وأخذها لذلك، وقولهما :إن إذن الشرع مقيد بالإشهاد أي بالتعريف فإذا لم يعرفها فقد ترك ما أمر به شرعاً في الأخذ وهو معصية فكان الغالب على الظن أنه أخذها لنفسه وعلى هذا لا يلزم الإشهاد أي التعريف وقت الأخذ بل لا بد منه قبل هلاكها ليعرف به أنه أخذها ليردها لا لنفسه وحينئذ فما ذكر في ظاهر الرواية من أنه إذا أخذها ثم ردها إلى مكانها لا يضمن من غير قيد بكونه ردها في مكانه أو بعد ما ذهب ثم رجع ظاهر لأن بالرد ظهر أنه لم يأخذها لنفسه وبه ينتفي الضمان عنه، وقيده بعض المشايخ بما إذا لم يذهب بها فإن ذهب بها ثم عاد ضمن وبعضهم

---

(١) تقدم تخريجه.

يغلب على ظنه أن صاحبها لا يطلبها، وروى محمد عن أبي حنيفة أنه إن كانت أقل من عشرة دراهم عرفها أياماً، وإن كانت عشرة فصاعداً عرفها حولاً وقوله: أياماً أي **على حسب ما يرى** وقدّره محمد في الأصل بالحول من غير تفصيل بين القليل والكثير، وهو قول مالك والشافعي، ووجهه أنه عليه الصلاة والسلام سئل عن لقطة الذهب والورق فقال: «اعرف وكاءها وعفاصها ثم عرّفها سنة فإن لم تعرف فاستنفقها ولتكن وديعة عندك فإن جاء طالبها يوماً من الدهر فأدها إليه» وسئل عن ضالة الإبل فقال: «مالك ولها دعها **فإن معها حذاءها وسقاءها** ترد الماء وتأكل الشجر حتى يجدها

ضمنه ذهب بها أو لا، والوجه ظاهر المذهب وما ذكرنا لا ينفي وجه التضمين بكونه مضيعاً مال غيره بطرحه بعد ما لزمه حفظه بالأخذ اهـ قال قاضيخان في باب الغصب: ولو أخذ لقطة ليعرفها ثم أعادها إلى المكان الذي أخذها منه بريء عن الضمان حتى لو هلك لا يضمن ولم يفصل في الكتاب بين ما إذا تحول عن ذلك المكان ثم أعاده إلى ذلك المكان وبين ما إذا لم يتحول، وذكر الحاكم الشهيد تأويله إذا أعادها قبل التحول فأما بعد التحول لا يبرأ عن الضمان وإليه مال أبو جعفر وهذا إذا أخذ اللقطة ليعرفها فإن كان أخذها ليأكلها ثم أعادها لا يبرأ عن الضمان ما لم يردها إلى صاحبها اهـ. قال الولوالجي: وإذا أخذ اللقطة ليعرفها ثم أعادها إلى المكان الذي وجدها فيه فقد بريء عن الضمان هذا إذا أعادها قبل أن يتحول عن ذلك المكان، أما إذا أعادها بعد ما تحول ضمن لأنه لما أعادها قبل التحول فقد ترك الحفظ قبل أن يلتزم لأن الأخذ متردد بين أن يكون لالتزام الحفظ وبين أن يكون للنظر والتأمل حتى يعلم أنه هل يمكنه الحفظ فكان الآخذ متردداً فلا يصير ملتزماً للحفظ بنقض الأخذ، فإذا أعاد بعد ما صار تاركاً للحفظ قبل أن يلتزمه فلا يكون عليه ضمان، فأما إذا تحول بها فإنما يتحول بها ليحفظها لا ليتأمل لأن هذا المعنى يحصل بنفس الأخذ من غير مشي فكان المشي دليلاً على التزام الحفظ فإذا أعادها فقد ترك الحفظ بعد التزامه فيضمن هذا إذا أخذ اللقطة ليعرفها فإن أخذها ليأكلها لم يبرأ عن ضمانها حتى يدفعها إلى صاحبها لأنه لما أخذها ليأكلها صار آخذاً لنفسه فصار غاصباً، والغاصب لا يبرأ برد الدابة المغصوبة إلى دار المغصوب منه وإلى مربطه وإن ردها إلى موضع صالح للحفظ فلأن لا يبرأ هنا وقد رد إلى مكان لا يصلح للحفظ أولى اهـ وقال في الينابيع: ولو رفع اللقطة من الأرض ثم وضعها في مكانها فهلكت لا ضمان عليه، وقال بعض مشايخنا رحمهم الله: هذا إذا أخذها ولم يبرح من ذلك المكان حتى أعادها في مكانها أما إذا ذهب من ذلك المكان ثم أعادها فهلكت فإنه يضمن وقال بعضهم: إذا أخذها ثم أعادها إلى مكانها فهو ضامن سواء ذهب عنه أو لم يذهب وهو خلاف ظاهر الرواية وهو الأصح اهـ **قوله: (على حسب ما يرى)** أي الملتقط اهـ **قوله: (فإن معها حذاءها وسقاءها)** الحذاء بكسر الحاء وذال معجمة وألف ممدودة أراد به خفافها التي تقوى بها على السير، وأراد بالسقاء إذا وردت الماء تشرب ما

ربها» وسئل عن الشاة فقال «خذها فإنما هي لك أو [لأخيك][١] أو للذئب»[٢] رواه مسلم والبخاري وغيرهما. فقدره بسنة **من غير/ فصل بين القليل والكثير**، وروى [١٠٧/أ/٢] الحسن عن أبي حنيفة أنها إن كانت مائتي درهم فصاعداً يعرفها حولاً وفيما فوق العشرة إلى المائتين شهراً، وفي العشرة جمعة وفي ثلاثة دراهم ثلاثة أيام وفي درهم يوماً وإن كانت ثمرة ونحوها تصدق بها مكانها وإن كان محتاجاً أكلها مكانها قدّر لكل لقطة ما يليق بحالها فكان هذا وما ذكره في المختصر واحد لأنه فوضه إلى اجتهاده وهذا قدره باجتهاده فلا تنافي بينهما وهو الذي اختاره صاحب الهداية بقوله: وقيل: إن شيئاً من هذه المقادير ليس بلازم ويفوض إلى رأي الملتقط يعرفها إلى أن يغلب على ظنه أن صاحبها لا يطلبها بعد ذلك، وإن كانت اللقطة شيئاً لا يبقى عرفها حتى إذا خاف أن تفسد تصدق بها وعنه عليه الصلاة والسلام أنه مر بتمرة في الطريق فقال: «لولا أني أخاف أن تكون من الصدقة لأكلتها»[٣] رواه البخاري ومسلم وقال جابر رضي الله عنه: «رخص رسول الله ﷺ في العصا والسوط والحبل وأشباهه يلتقطه الرجل ينتفع به»[٤] رواه أبو داود. وقال عليه الصلاة

يكون ريها من ظمئها اهـ كاكي. (فروع) سكران ذاهب العقل وقع ثوبه في الطريق والسكران نائم في الطريق فجاء رجل وأخذ ثوبه ليحفظه لما أنه خاف ضياعه ضمن لأن السكران حافظ لما معه، لأن الناس يخافون من السكران اهـ ولوالجي رحمه الله في فتاواه وفيها رجل التقط لقطة فضاعت منه ثم وجدها في يد رجل فلا خصومة بينه وبينه وفرق بين هذا وبين الوديعة والفرق أن الثاني في أخذ اللقطة كالأول وليس الثاني في أخذ الوديعة كالأول ولو التقط رجل لقيطاً ثم أخذه منه رجل فاختصما فيه فالأول أحق به لأن الأول صار أحق بإمساكه بحكم اليد لأنه ليس له مستحق آخر من حيث الظاهر لأنه لو كان له مستحق لما وجد مطروحاً من حيث الظاهر، ولا كذلك اللقطة لأن له مستحقاً من حيث الظاهر فلا يثبت الاستحقاق لصاحب اليد الأول فكان الثاني في إثبات اليد كالأول والله أعلم. **قوله: (من غير فصل بين القليل والكثير)** ثم تقدير مدة التعريف بالحول لأنها مدة

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من المطبوع.

(٢) أخرجه البخاري في اللقطة (٢٤٢٧)، ومسلم في اللقطة (١٧٢٢) واللفظ له، والترمذي في الأحكام (١٣٧٢)، وأبو داود في اللقطة (١٧٠٤)، وابن ماجه في الأحكام (٢٥٠٤)، وأحمد في مسنده (١٦٥٨٩)، ومالك في موطئه في الأقضية (١٤٨٢).

(٣) أخرجه البخاري في اللقطة (٢٤٣١)، ومسلم في الزكاة (١٠٧١)، وأبو داود في الزكاة (١٦٥٢)، وأحمد في مسنده (١٣٦٩٦).

(٤) أخرجه أبو داود في اللقطة (١٧١٧).

والسلام لأبي بن كعب «عرفها فإن جاء أحد يخبرك بعدتها ووعائها ووكائها فأعطها إياه وإلا فاستمتع بها»[١] رواه مسلم وأحمد. فهذه الأخبار بعضها مقدرة بحول وبعضها مقدرة بساعة وبعضها مطلقة عن التقدير فهذا يدلك على أن التقدير ليس بلازم وإنما هو مفوض إلى رأي الملتقط وينبغي أن يعرفها في الموضع الذي لقيها فيه وفي المجامع فإن ذلك أقرب إلى الوصول إلى صاحبها وعن الحلواني أنه يكفيه الإشهاد أنه أخذها ليردها على صاحبها ويكون ذلك تعريفاً وهو المذكور في السير الكبير ولو أن رجلاً سيب دابته فأخذها إنسان فأصلحها ملكها إن قال مالكها وقت التسييب هي لمن أخذها ولا سبيل له عليها لأنه أباح التملك وإن لم يقل كان له أن يأخذها منه وكذلك فيمن أرسل صيداً له فإن اختلفا **فالقول قول صاحبها**. ذكره أبو الليث. وفي الهداية: إذا كانت اللقطة شيئاً يعلم أن صاحبها لا يطلبها كالنواة وقشر الرمان يكون إلقاؤه إباحة ويجوز الانتفاع به من غير تعريف **لكنه** يبقى على ملك مالكه لأن التمليك من المجهول لا يصح، وفي الواقعات: المختار في القشور والنواة يملكه وفي الصيد لا يملكه وإن جمع سنبلاً بعد الحصاد فهو له لإجماع الناس على ذلك **وإن سلخ شاة ميتة فهو له** أيضاً ولصاحبها أن يأخذه منه وكذلك الحكم في صوفها.

تعينت للصدقة فتكون مقدرة بالحول اهـ ولوالجي. **قوله**: (**فالقول قول صاحبها**) أي مع اليمين أنه لم يقل هي لمن أخذها لأنه منكر إباحة التملك اهـ ولوالجي. **قوله**: (**لكنه**) أي الشيء اليسير كالنواة (**يبقى على ملك مالكه**) فإذا وجده مالكه في يده له أن يأخذه لأنه عين ملكه إذ بإلقائه يبيح الانتفاع للواجد ولم يكن تمليكاً منه إذ التمليك في المجهول لا يصح وملك المبيح لا يزول بالإباحة وذكر شيخ الإسلام ولو كانت متفرقة فجمعها ليس للمالك أخذها بعد الجمع لأنه يصير ملكاً للآخذ بالجمع وكذا الجواب في التقاطه السنابل وبه كان يفتي الصدر الشهيد كذا في الذخيرة، وفي المحيط: لو وجد النواة والقشور في مواضع متفرقة يجوز الانتفاع بها أما لو كانت مجتمعة في موضع فلا يجوز الانتفاع بها لأن صاحبها لما جمعها فالظاهر أنه ما ألقاها بل سقطت منه اهـ كاكي. **قوله**: (**وإن سلخ شاة ميتة فهو له**) أي ولو دبغ جلدها كان لصاحبها أن يأخذ الجلد منه بعد ما يعطيه ما زاد الدباغ فيه لأن ملكه لم يزل بالإلقاء والصوف مال متقوم بلا اتصال شيء فله أن يأخذه مجاناً أما الجلد صار متقوماً بالدباغ فإذا أخذه يعطيه ما زاد الدباغ فيه اهـ كاكي.

---

(١) أخرجه البخاري في اللقطة (٢٤٣٧)، ومسلم في اللقطة (١٧٢٣)، والترمذي في الأحكام (١٣٧٤)، وأبو داود في اللقطة (١٧٠١)، وابن ماجه في الأحكام (٢٥٠٦)، وأحمد في مسنده (٢٠٦٦٢).

قال رحمه الله: (ثم تصدق) أي تصدق باللقطة إذا لم يجئ صاحبها بعد التعريف لأن الواجب عليه حفظها وأداؤها إلى أهلها قال الله تعالى: ﴿إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها﴾ [النساء:٥٨] وذلك بالتسليم إليه عند القدرة وبالتصدق عنه عند عدمها إذ إيصال بدلها وهو الثواب كإيصال عينها، وإن شاء أمسكها رجاء الظفر بصاحبها وروي عن ابن مسعود رضي الله عنه «أنه اشترى جارية فذهب البائع فلم يقدر عليه فتصدق عنه بثمنها»(١).

قال رحمه الله: (فإن جاء ربها نفذه أو ضمن الملتقط) يعني إذا جاء صاحب اللقطة بعد ما تصدق بها الملتقط فهو بالخيار إن شاء أمضى الصدقة وله ثوابها لأن التصدق لم يحصل بإذنه فيتوقف على إجازته **والملك يثبت للفقير** فلا يتوقف على قيام المحل بخلاف بيع الفضولي حيث تتوقف الإجازة فيه على قيام المحل لأن الملك فيه لا يثبت إلا بعد الإجازة فلا يتصور إلا في القائم، ولهذا يشترط فيه قيام المتعاقدين والمالك أيضاً، عند الإجازة وإن شاء ضمن الملتقط لأنه تصرف/ في [١٠٧ب/٢] ماله بغير إذنه **وهو موجب للضمان** وإذن الشرع لا ينافيه حيث لم يلزمه التصدق بها وإنما أباح له ذلك فصار كتناول مال الغير حال المخمصة **ولا فرق في ذلك بين أن يتصدق بأمر القاضي أو بغير أمره في الصحيح** لأن أمره لا يكون أعلى من فعله والقاضي لو تصدق بها كان له أن يضمنه فكذا له أن يضمن من أمره القاضي، وله أن يضمن الفقير **لأنه أخذ ماله لنفسه بغير إذنه** ولا يرجع الفقير على الملتقط بما لحقه من الضمان **ولا الملتقط يرجع على الفقير** لما عرف في موضعه، هذا إذا هلكت العين في

قوله: (والملك يثبت للفقير) أي لأنه تصدق بإذن الشرع فيملكه الفقير بنفس الأخذ لأن الفقير يأخذ الصدقة من الله تعالى لما روي أنه عليه الصلاة والسلام قال: «الصدقة تقع»(٢) الحديث فلا تتوقف على قيام المحل حتى لو هلك اللقطة في يد الفقير تجوز الإجازة فإن قيل: لو ثبت الملك بالأخذ ينبغي أن لا يأخذ المالك إذا كان قائماً في يد الفقير قلنا: ثبوت الملك لا يمنع صحة الاسترداد كالواهب يملك الرجوع وكالمرتد لو عاد من دار الحرب بعد القسمة بين ورثته اهـ كاكي. وكتب ما نصه: أي قبل الإجازة اهـ هداية. **قوله: (وهو موجب للضمان)** أي فإن ضمنه يكون الثواب له لأنه ملكه من وقت التصدق اهـ كاكي. **قوله: (ولا فرق في ذلك بين أن يتصدق بأمر القاضي أو بغير أمره في الصحيح)** وقال القاضي أبو جعفر: إذا تصدق الملتقط بإذن القاضي فليس للمالك تضمين الملتقط ومشى عليه صاحب جامع الفتاوى اهـ. **قوله: (لأنه أخذ ماله لنفسه بغير إذنه)** أي فصار الملتقط

---

(١) أخرجه البيهقي في سننه الكبرى (٦/ ١٨٧).
(٢) أخرجه الطبراني في معجمه الكبير (٩/ ١٠٩).

يد الفقير وإن كانت قائمة أخذها صاحبها إن لم يمض الصدقة لأنه وجد عين ماله.

قال رحمه الله: (وصح التقاط البهيمة) أي يجوز التقاطها وقال الشافعي رحمه الله: الترك أفضل في غير الشاة لما روينا ولنا أنها يخاف عليها أن تصل إليها يد خائنة فكان في أخذها صيانتها فكان أفضل أو واجباً على نحو ما بينا في غيرها، ولأن إطلاق النصوص في هذا الباب يتناولها وما رواه كان في ديارهم إذ كان لا يخاف عليها من شيء ونحن نقول في مثله بتركها وهذا لأن في بعض البلاد الدواب يسيبها أهلها في البراري حتى يحتاجوا إليها فيمسكونها وقت حاجتهم، ولا فائدة في التقاطها في مثل هذه الحالة والذي يدلك على ذلك ما رواه مالك في الموطأ عن ابن شهاب قال: «كانت ضؤال الإبل في زمان عمر رضي الله عنه **إبلاً مؤبلة** تتناتج لا يمسكها أحد حتى إذا كان عثمان أمر بمعرفتها ثم تباع فإذا جاء صاحبها أعطي ثمنها»(١).

قال رحمه الله: (وهو متبرع في الإنفاق على اللقيط واللقطة) لأنه لا ولاية له في الإيجاب على ذمتهما فصار كما إذا قضى دين غيره بغير إذن المدين.

قال رحمه الله: (وبإذن القاضي يكون ديناً) أي لو أنفق بإذن القاضي يكون ديناً على صاحبها لأن للقاضي ولاية في مال الغائب نظراً له إذ هو نصب ناظراً فصار أمره كأمر المالك ولا يأمره بالإنفاق حتى يقيم البينة أنها لقطة عنده في الصحيح لأنه يحتمل أن تكون غصباً في يده فيحتال لإيجاب النفقة على صاحبها، وهو لا يجب عليه في المغصوب **وهذه البينة** ليست للقضاء وإنما هي لينكشف الحال فيقبل مع غيبة صاحبها وإن عجز عن إقامة البينة يأمره بالإنفاق عليها مقيداً بأن يقول بين جماعة من الثقات: إن هذا ادعى أن هذه لقطة، ولا أدري أهو صادق أو كاذب وطلب أن آمره بالإنفاق عليها فاشهدوا أني أمرته بالإنفاق عليها إن كان الأمر كما يقول.

كالغاصب والمسكين كغاصب الغاصب اهـ إتقاني. **قوله**: (**ولا الملتقط يرجع على الفقير**) فأما الملتقط فلأنه ملكه بالضمان وظهر أنه تصدق بملك نفسه، وأما الفقير فلأنه في القبض عامل لنفسه فلا يرجع بما لحقه من الضمان على غيره اهـ كاكي. **قوله**: (**إبلاً مؤبلة**) قال الجوهري: إذا كانت الإبل للقنية فهي إبل مؤبلة اهـ. **قوله**: (**وهذه البينة الخ**) جواب سؤال مقدر بأن يقال: كيف شرط في الأصل إقامة البينة ولا تقوم البينة إلا على مدعى عليه منكر، ولم يوجد ذلك فقال في جوابه: وليست تقام البينة لأجل القضاء حتى يشترط المدعى عليه بل أقيمت لكشف الحال يعني أقيمت حتى ينكشف حال البهيمة اهـ

---

(١) أخرجه مالك في الأقضية (١٤٨٨).

وكان الفقيه أبو جعفر يقول: ينبغي للحاكم أن يحلفه ونظيره ما لو باع عبداً فغاب المشتري ولم يجده وطلب من الحاكم أن يباع ويوفي دينه من ثمنه لا يجيبه حتى يقيم البينة فإن عجز أجابه على نحو ما ذكرنا في اللقطة وقوله: وبإذن القاضي يكون ديناً يشير إلى أن النفقة تصير ديناً بمجرد إذنه **وليس كذلك في الأصح** لأن مطلقه قد يكون للترغيب والمشورة أو للإلزام فلا يرجع بالاحتمال فلا بد من أن يشترط ويجعله ديناً عليه، كما ذكرنا في اللقيط، وإنما يأمره بالإنفاق عليها يومين أو ثلاثة بقدر ما يقع عنده أنه لو كان المالك حاضراً لظهر.

قال رحمه الله: (**ولو كان لها نفع آجرها** وأنفق عليها من أجرتها) لأن القاضي نصب ناظراً وأمكنه إبقاء العين من غير أن يلزم صاحبها الدين فتعين طريقاً.

قال رحمه الله: (**وإلا باعها**) أي إن لم يكن لها نفع وأنفق عليها بقدر ما يرى من المدة ولم يظهر لها مالك باعها لأنه لو أنفق عليها في هذه الحالة تستغرق النفقة قيمتها وليس من النظر أن تبقى العين ويوجب عليها أضعاف / قيمتها فتعين الحفظ [١٠٨/أ/٢] بالبيع ثم الثمن يقوم مقام العين فيما ذكرنا من التعريف والتصدق به، وفي كونه أمانة في يده، وفي البدائع أن القاضي لا يبيعها حتى يقيم البينة على نحو ما ذكرنا في الإنفاق. والآبق في هذا كاللقطة إلا أنه لا يؤجر لأنه يخاف أن يأبق.

إتقاني. **قوله: (وليس كذلك في الأصح)** قال الإتقاني: فإذا لم يشترط ففيه روايتان في رواية لا يرجع وفي رواية يرجع كذا ذكره الولوالجي في فتاواه، وذكر أيضاً فيها وإذا باع اللقطة بأمر القاضي لم يكن لصاحبها إذا حضر إلا الثمن لأن الملتقط إنما باعها بأمر القاضي لأن بيعه بأمر القاضي كبيع القاضي ولو باع القاضي جاز البيع، ولم يكن لصاحبها إلا الثمن فكذا هذا، وإن باعها بغير أمر القاضي لا ينفذ ويتوقف على إجازة المالك، لأنه باعه بغير إذن من له ولاية الإذن فبعد ذلك إن كانت اللقطة قائمة في يد المشتري فهو بالخيار إن شاء أجاز البيع، وإن شاء أبطل البيع وإن كانت اللقطة هالكة في يد المشتري فصاحبها بالخيار إن شاء ضمن البائع القيمة وإن شاء ضمن المشتري فإن ضمن البائع نفذ البيع لأنه ملك اللقطة من حين قبضها، وكان الثمن للبائع ويتصدق بما زاد على القيمة اهـ **قوله في المتن: (ولو كان لها نفع آجرها)** أي إذا كانت البهيمة مما تصلح للإجارة كالفرس والبعير اهـ إتقاني. **قوله في المتن: (وإلا باعها)** أي إذا لم تكن البهيمة صالحة للإجارة كالشاة اهـ إتقاني. قال الإتقاني: وإذا رفع أمر اللقطة إلى القاضي نظر فيها إن كان شيئاً يمكن إجارته كالدابة آجرها وأنفق عليها من إجارتها إبقاء لحق مالكها صورة ومعنى بإبقاء العين والمالية، وإن لم يمكن إجارته كالشاة مثلاً يبيع ويحفظ الثمن إبقاء لحق مالكها معنى بالمالية حيث لم يكن إبقاء الصورة لأنه يخاف عليها أن تستأصل النفقة القيمة، ومع ذلك لو رأى الإنفاق أصلح أذن في الإنفاق وجعل النفقة ديناً على المالك لأن القاضي ناظر في

قال رحمه الله: (ومنعها من ربها حتى يأخذ النفقة) أي إذا جاء صاحبها وطلبها منعه إياها حتى يوفي النفقة التي أنفق عليها لأن هذا دين وجب بسبب هذا المال لإحيائه فكان له تعلق بهذا المال فأشبه جعل الآبق **ثم لا يسقط هذا الدين بهلاك العين** في يد الملتقط قبل حبسها لأنه لا تعلق له به حقيقة، وإنما يأخذ صفة الرهن عند الحبس كالوكيل بالشراء إذا نقد من مال نفسه له أن يرجع به على الموكل ولو هلك قبل الحبس لا يسقط ما وجب له على الموكل وبعده يسقط به لأنه صار في معنى الرهن عند اختياره الحبس فيهلك بما حبسه فيه، فكذا هذا ولو أن القاضي باعها بعد ما أنفق عليها الملتقط قدر ما يراه القاضي من المدة أعطاه القاضي من ثمنها لأنه مال مالكها والنفقة دين على مالكها فلرب الدين إذا ظفر بجنس حقه له أن يأخذه فالقاضي أولى.

قال رحمه الله: (ولا يدفعها إلى مدعيها بلا بينة) أي لا يدفع اللقطة إلى من ادعى أنها له من غير إقامة البينة لقوله عليه الصلاة والسلام: «البينة على المدعي» ولأن اليد حق مقصود حتى وجب على الغاصب الضمان بإزالته فلا يزال إلا ببينة ولا يستحق إلا بها كالملك **ولهذا وجب الضمان على غاصب المدبر**.

قال رحمه لله: (فإن بين علامتها حل له الدفع بلا جبر) أي **إذا بين المدعي علامتها** حل للملتقط الدفع إليه من غير أن يجبر عليه في القضاء، والعلامة مثل أن يسمي عدد الدراهم ووزنها ووكاءها ووعاءها **وقال مالك والشافعي**: **يجبر** على دفعها لما روينا من حديث أبي بن كعب وفيما رواه مسلم. قال عليه الصلاة والسلام: «فإن جاء صاحبها فعرف عفاصها وعددها ووكاءها **فأعطها إياه** وإلا فهي لك»[1] وهذا أمر وهو للوجوب ولأن الظاهر أنه كان في يده لأنه قل من يعرف ما ليس في يده فيرد إليه ولا منازع له في الملك فيكون له، ولأن صاحب اليد ينازعه في اليد دون الملك

أمور المسلمين فكل ما رآه أحفظ وأصلح كان له ذلك اهـ **قوله**: (**ثم لا يسقط هذا الدين بهلاك العين**) قال في الهداية: ثم لا يسقط دين النفقة بهلاكه في يد الملتقط قبل الحبس ويسقط إذا هلك بعد الحبس لأنه يصير بالحبس شبيه الرهن اهـ **قوله**: (**ولهذا وجب الضمان على غاصب المدبر**) أي باعتبار إزالة اليد اهـ كاكي. **قوله**: (**إذا أعطى المدعي علامتها**) أي ولم يصدقه الملتقط اهـ **قوله**: (**وقال مالك والشافعي يجبر**) هكذا وقع في نسخ أصحابنا ولكن القائل بوجوب الدفع بالعلامة مالك وأحمد وداود وابن المنذر فإن في كتب الشافعي قوله كقولنا اهـ كاكي. **قوله**: (**فأعطها إياه**) ووجه الاستدلال به أنه عليه الصلاة والسلام أمر

---

(١) تقدم تخريجه.

فيشترط الوصف لوجود المنازعة من وجه ولنا أنه مدع وعلى المدعي البينة لما روينا، ولأن اليد مقصود فلا يستحق إلا بحجة على ما قررنا والعلامة لا تدل على الملك ولا على اليد لأن الإنسان قد يقف على مال غيره وقد يخفى عليه مال نفسه فلا عبرة بها، **وما رواه محمول على الجواز توفيقاً** بين الأخبار لأن الأمر قد يراد به الإباحة وبه نقول: وإن دفعها إليه بذكر العلامة ثم جاء آخر وأقام بينة أنها له فإن كانت قائمة أخذها منه وإن كانت هالكة يضمن أيهما شاء لتعديهما بالدفع والأخذ ويرجع الملتقط على الآخذ إن ضمن ولا يرجع الآخذ على أحد، وللملتقط أن يأخذ منه كفيلاً عند الدفع نظراً له لاحتمال أن يجيء غيره ويقيم البينة أنها له فيضمنه ولا يمكنه الرجوع على من أخذها لخفائه فيستوثق بالكفيل **بخلاف الكفيل لوارث** غائب أو غريم غائب عند أبي حنيفة، والفرق له أن الملتقط يأخذ كفيلاً لنفسه وهناك لأجنبي لا يعرفه ولأن الحق قد ظهر للحاضرين في الإرث فلا يجوز تأخير القسمة بين الورثة أو الغرماء إلى زمان التكفيل فيكون القاضي ظالماً به وهنا لم يتعين صاحب الحق بإعطاء العلامة، ولهذا لا يجبر على الدفع إليه ولا يضره التأخير بل المنع بالكلية على ما قررنا **وإن صدقه**/ [١٠٨ب/٢] الملتقط قيل لا يجبر على الدفع كالمودع إذا صدق الوكيل بقبض الوديعة بخلاف ما إذا صدق المدين الوكيل بقبض الدين حيث يجبر لأنه إقرار على نفسه بوجوب دفع ماله إليه وقيل يجبر لأن الظاهر له ولم يتعين له مالك غيره بخلاف الوديعة لأن المودع متعين فلا يبطل حقه في العين بتصادقهما، وإن دفعها إليه بتصديقه ثم أقام آخر بينة أنها له فإن كانت قائمة أخذها منه لأن إقرار الملتقط لا

بالدفع بالعلامة بدون إقامة البينة اهـ إتقاني. **قوله: (وما رواه محمول على الجواز توفيقاً إلخ)** قال الإتقاني: وإنما قلنا بحل الدفع دون الجبر عليه توفيقاً بين الحديثين حديث الخصم والحديث المشهور وهو قوله عليه الصلاة والسلام: «البينة على المدعي واليمين على من أنكر»(١) اهـ **قوله: (وللملتقط أن يأخذ منه كفيلاً)** قال الكمال رحمه الله: ثم إذا دفعها بالعلامة فقط يأخذ منه كفيلاً استيثاقاً قال المصنف: وهذا بلا خلاف اهـ قال الإتقاني عند قوله: وهذا بلا خلاف: وقال في فصل القضاء بالمواريث فيه روايتان والأصح أنه على الخلاف على قول أبي حنيفة لا يأخذ الكفيل خلافاً لصاحبيه ونفي الخلاف هنا مع إثباته في فصل القضاء بالمواريث كلام متناقض من صاحب الهداية اهـ **قوله: (بخلاف الكفيل لوارث إلخ)** صورته ميراث قسم بين الغرماء أو الورثة لا يؤخذ من الغريم ولا من الوارث كفيل عند أبي حنيفة وعندهما يؤخذ اهـ **قوله: (وإن صدقه)** قال الكمال: هذا إذا دفعه بمجرد العلامة فإن صدقه مع العلامة أو لا معها فلا شك في جواز دفعه إليه لكن هل يجبر

---

(١) أخرجه الترمذي في الأحكام (١٣٤١).

يكون حجة عليه وإن كانت هالكة فإن كان دفع إليه بغير قضاء فله أن يضمن أيهما شاء لما ذكرنا فإن ضمن القابض فلا يرجع به على أحد لأنه عامل لنفسه، **وإن ضمن الملتقط فله أن يرجع به على القابض** لأن الملتقط ملكها بالضمان فيتبين أن القابض تعدى على ملكه ولا يمنع إقراره بأنها ملك الأول من الرجوع عليه لأنه كان لاعتماده على العلامة، فإذا قضى عليه بالبينة صار مكذباً شرعاً فيرجع كالمشتري إذا أقر بملك البائع ثم استحق المبيع يرجع على البائع بالثمن لما ذكرنا بخلاف ما إذا صدق المودع الوكيل بقبض الوديعة فدفعها إليه فأنكر ربها الوكالة حيث يضمن ولا يرجع بها على القابض لأن الوكيل عامل للموكل، **وفي زعم المقر** أن الموكل ظالم له في تضمينه إياه بعد ما قبض وكيله منه، والمظلوم ليس له أن يظلم غيره وهنا القابض عامل لنفسه وإنه ضامن إذا ثبت أنه لغيره فافترقا، وللملتقط أن يأخذ منه كفيلاً لما ذكرنا وذكر في شرح المختار أن الملتقط إذا دفع إليه بتصديقه ليس له أن يرجع على القابض فعلى هذا لا فرق بينهما ولا يأخذ منه كفيلاً، وإن كان دفعها إليه بقضاء ضمن القابض لما ذكرنا، ولا يضمن الملتقط لأنه مقهور وإن أقام الحاضر بينة أنها له فقضى بالدفع إليه ثم حضر آخر وأقام بينة أنها له لم يضمن لما ذكرنا **وذكر في النهاية في التكفيل في هذه الصورة روايتين**، والصحيح أنه لا يكفل وعزاه إلى قاضيخان.

قال رحمه الله: (وينتفع بها لو فقيراً وإلا تصدق على أجنبي وصح على أبويه وزوجته وولده لو فقراء) يعني **يجوز للملتقط أن ينتفع باللقطة إذا كان فقيراً**، وإن لم يكن فقيراً لم يجز ويتصدق بها على الفقير أجنبياً كان أو قريباً له أو زوجة له لأنه مال الغير فلا يجوز الانتفاع به بدون رضاه لإطلاق النصوص كقوله تعالى: ﴿ولا تأكلوا أموالكم بينكم﴾ [البقرة:١٨٨] الآية وقوله: ﴿ولا تعتدوا﴾ [البقرة:١٩٠] وأمثال ذلك إلا أنه أبيح الانتفاع به للفقير بطريق التصدق لقوله عليه الصلاة والسلام:

قيل: يجبر كما لو أقام بينة وقيل: لا يجبر اهـ **قوله: (وإن ضمن الملتقط فله أن يرجع به على القابض)** قال الإتقاني: وإن ضمن الملتقط في رواية لا يرجع على القابض، وفي رواية يرجع وهو الصحيح اهـ (فرع) ولو التقط العبد شيئاً بغير إذن مولاه يجوز عندنا ومالك وأحمد والشافعي في قول فإذا أتواه طولب ربه بقضاء الدين أو البيع فيه سواء أتواه قبل التعريف أو بعده وبه قال أحمد والشافعي في وجه لأنه لا ضمان جناية فيتعلق برقبته ويظهر في حق المولى وعند مالك إن أتلفه قبل التعريف يؤمر المولى بالدفع أو الفداء وإن أتلفه بعد التعريف يطالب العبد بعد العتق لأن الشرع أذن له في الانتفاع فكان ضماناً يخصه فلا يظهر في حق المولى اهـ كاكي. **قوله: (وفي زعم المقر)** أي وهو المودع اهـ **قوله: (وذكر في النهاية في التكفيل في هذه الصورة روايتين)** أي عند أبي حنيفة اهـ كاكي. وكتب ما نصه: أي

«فليتصدق به»(١) أو للإجماع فبقي غيره محرم التناول على الأصل فإذا كان المبيح هو الفقر فلا يختلف بين أن يكون الفقير الواجد لها أو غيره من أقاربه أو الأجانب لحصول المقصود بالكل، وهو التصدق على محتاج وأباح الشافعي للواجد وإن كان غنياً **لما روينا من حديث أبي بن كعب** ولأنه إنما يباح للفقير حملاً له على رفعها صيانة لها والغني يشاركه فيه، والحجة عليه ما بينا، وليس له حجة في حديث أبي لأنه حكاية حال فيجوز أنه ﷺ عرف فقره إما لديون عليه أو لقلة ماله أو يكون إذناً منه عليه الصلاة والسلام بالانتفاع به وذلك جائز عندنا من الإمام على سبيل القرض ويحتمل أنه عليه الصلاة والسلام عرف أنه كان مال كافر حربي بل هو الظاهر لأن دار الإسلام لم تكن بها سعة يومئذ ولو كان لمسلم لما خفي عليهم والنفي محمول على الأخذ لاحتمال افتقاره في مدة التعريف، والفقير قد يتوانى لاحتمال استغنائه فيها ومنع الشافعي / من الانتفاع بلقطة الحرم لأحد بل يعرفها أبداً لقوله عليه الصلاة والسلام: [١٠٩/أ ٢/١] «لا تحل لقطتها إلا لمعرّف»(٢) ولما روي «أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن لقطة في بلد مكة»(٣) ولنا ما روينا من النصوص من غير فصل ولأن في الانتفاع بها نظراً له من حيث أنها تكون مضمونة على من انتفع بها وعلى من دفعها إليه فيكون فيه إبقاؤها له على تقدير مجيئه وإلا فيحصل له ثواب الصدقة ولا حجة له فيما روي لأنه لبيان أنه لا يسقط التعريف فيها باعتبار أنها للغرباء ظاهراً أو وهماً فنقول: إن مالكها قد ذهب فيأخذها من غير تعريف والله أعلم.

وهي ما لو دفعها بالبينة اهـ. **قوله: (يجوز للملتقط أن ينتفع باللقطة إذا كان فقيراً)** أي لأن حاجته مقدمة على حاجة غيره فيما في يده ألا ترى أن واجد الركاز يتمكن من وضع الخمس في نفسه إذا كان فقيراً اهـ ولوالجي. **قوله: (لما روينا من حديث أبي بن كعب)** أي وكان من المياسير اهـ هداية. قوله: وكان من المياسير أي حيث قال: اخلطها بمالك اهـ كي.

---

(١) أخرجه الدارقطني في سننه (٤/ ١٨٢) رقم (٣٥).

(٢) أخرجه البخاري في الجنائز (١٣٤٩)، والنسائي في مناسك الحج (٢٨٩٢) بلفظ «إلا لمنشد»، وأبو داود في المناسك (٢٠١٧)، وأحمد في مسنده (٣٢٤٣).

(٣) تقدم تخريجه.

كتاب الآبق

وهو العبد المتمرد على مولاه.

قال رحمه الله: (**أخذه أحب إن قوي عليه**) أي إن قدر عليه لأن فيه إحياء ماليته وللمال حرمة كالنفس، وفيه إعانة مولاه فكان أفضل ثم له الخيار إن شاء حفظه بنفسه إن كان يقدر عليه وإن شاء دفعه إلى الإمام فإذا دفعه إليه لا يقبله منه إلا بإقامة البينة على نحو ما ذكرنا في اللقطة، ثم يحبسه الإمام تعزيراً له ولأنه لا يؤمن من الإباق ثانياً ولهذا لا يؤجره إن كان له منفعة، وينفق عليه من بيت المال ويجعل ديناً على مالكه، وإذا طالت المدة ولم يجئ صاحبه **باعه القاضي وحفظ ثمنه واختلفوا في الضال** فقيل: أخذه أفضل إحياء له، وقيل: تركه أفضل لأنه لا ينفك مكانه فيلقاه مولاه، وإذا رفع إلى الإمام لا يحبسه لأنه لا يستحق التعزير ولا يأبق وإن كان له منفعة آجره وأنفق عليه من أجرته.

كتاب الآبق

وهذه الكتب أعني اللقيط واللقطة، والآبق والمفقود لتناسبها لما فيها من معنى التوى والتلف توالى بعضها فوق بعض قال في المبسوط: الإباق تمرد في الانطلاق وهو من سوء الأخلاق ورداءة الأعراق يظهر العبد من نفسه فراراً لتصير ماليته دماراً فرده إلى مولاه إحسان، وهل جزاء الإحسان إلا الإحسان، والآبق هو الذي هرب من مالكه قصداً والضال هو الذي ضل عن الطريق أي منزله قاله الإتقاني، وقال الكمال: كل من الآبق واللقطة واللقيط تحقق فيه عرضة الزوال والتلف إن التعرض له بفعل فاعل مختار في الإباق، وكان الأنسب تعقيب الجهاد به بخلاف اللقطة واللقيط وكذا الأولى فيه، وفي اللقطة الترجمة بالباب لا الكتاب والإباق في اللغة الهرب أبق يأبق كضرب يضرب والهرب لا يتحقق إلا بالقصد فلا حاجة إلى ما قيل: هو الهرب قصداً نعم لو قيل: الانصراف ونحوه عن المالك كان قيد القصد مفيداً، والضال ليس فيه قصد التغيب بل هو المنقطع عن مولاه لجهله بالطريق إليه اهـ **قوله في المتن: (أخذه أحب إن قوي عليه)** أي قوي على حفظه حتى يصل إلى مولاه بخلاف من يعلم من نفسه العجز عن ذلك والضعف ولا يعلم في هذا خلاف، ويمكن أن يجري فيه التفصيل في اللقطة بين أن يغلب على ظنه تلفه على المولى إن لم يأخذه مع قدرة تامة عليه فيجب أخذه أو لا فلا اهـ كمال. **قوله: (باعه القاضي وحفظ ثمنه)** أي حتى يجيء طالبه ويقيم البينة بأن العبد عنده فيدفع الثمن ولا ينتقض بيع الإمام اهـ

قال رحمه الله: (ومن رده من مدة سفر **وهو مسيرة ثلاثة أيام** فله أربعون درهماً) وهذا استحسان، والقياس أن لا يكون له شيء إلا بالشرط وهو قول الشافعي **لأنه متبرع بمنافعه فأشبه رد العبد الضال واللقطة** ولأن رده نهي عن المنكر وهو فرض فلا يستحق الأجر بإقامته، ولنا ما روي عن عمرو بن دينار أنه قال: لم نزل نسمع أنه عليه الصلاة والسلام قال: «**جعل** الآبق أربعون درهماً»[١] والصحابة رضي الله عنهم اتفقوا على وجوب أصل الجعل وإن اختلفوا في مقداره فإنه روي «عن ابن مسعود أنه أوجب أربعين درهماً وأوجب عمر ديناراً أو اثني عشر درهماً وأوجب علي رضى الله عنه ديناراً أو عشرة دراهم وعن عمار بن ياسر أنه قال: إن رده في المصر فله عشرة وإن رده من خارج المصر استحق أربعين درهماً»[٢]. فيحمل الكل على السماع لأن الرأي لا مدخل له في التقدير، ثم يحمل قول من قال: أربعين على مسيرة السفر وما دونه على ما دونها توفيقاً وتلفيقاً ولأن إيجابه حامل له على الرد إذ الحسبة نادرة فتحصل صيانة أموال الناس، وإيجاب المقدر بالسمع ولا سمع في الضال واللقطة فيبقى على الأصل إذ الإلحاق ممتنع لعدم المساواة لأن الحاجة إلى صيانة الضال دون الحاجة إلى صيانة الآبق لأن الآبق يختفي والضال يبرز فيظهر، وقوله: نهي عن المنكر قلنا: هذا تعليل بمقابلة المنقول فلا يصح.

قال رحمه الله: (ولو قيمته أقل منه) يعني له أربعون درهماً وإن كانت قيمته أقل من أربعين وهذا عند أبي يوسف، **وقال محمد**: **له قيمته إلا درهماً** لأن وجوبه ثبت

إتقاني. **قوله**: (**واختلفوا في الضال الخ**) قال الكمال: واختلفوا في أخذ الضال قيل: أخذه أفضل لما فيه من إحياء النفس والتعاون على البر وقيل: يتركه لأنه لايبرح مكانه منتظراً لمولاه حتى يجده ولا يخفى أن انتظاره في مكان غير متزحزح عنه غير واقع بل نجد الضلال يدورون متحيرين، ثم لا شك أن محل هذا الخلاف إذا لم يعلم واجد الضال مولاه ولا مكانه أما إذا علمه فلا ينبغي أن يختلف في أفضلية أخذه ورده اهـ كمال رحمه الله. **قوله**: (**وهو مسيرة ثلاثة أيام**) أي فصاعداً اهـ هداية. **قوله**: (**لأنه متبرع بمنافعه**) أي فإذا تبرع عليه بعين من أعيان ماله لا يرجع عليه، فكذا إذا تبرع بمنافعه اهـ إتقاني. **قوله**: (**فأشبه رد العبد الضال واللقطة**) أي بأنه لا يستحق في ردهما شيئاً بالاتفاق. **قوله**: (**جعل**) الجعل ما يجعل للعامل على عمله اهـ إتقاني. **قوله**: (**وقال محمد: له قيمته إلا درهماً**) أي وهو قول أبي يوسف الأول، وقال أبو يوسف بعد ذلك: له الجعل ثانياً وكذلك ذكر الخلاف شيخ الإسلام خواهرزاده في مبسوطه وشمس الأئمة البيهقي في الشامل وكذلك في عامة نسخ

---

(١) ذكره الزيلعي في نصب الراية موقوفاً على سيدنا عمر (٣/ ٤٧١).
(٢) ذكره الزيلعي في نصب الراية (٣/ ٤٧٠).

إحياء لحقوق الناس نظراً لهم ولا نظر في إيجاب أكثر من قيمته ولأبي يوسف أن تقديره ثبت شرعاً بلا تعرض لقيمته فيمنع النقصان كما تمنع الزيادة، ألا ترى أن الصلح بأكثر منه لا يجوز بخلاف الصلح على الأقل لأنه حط البعض وهو لو حط الكل كان جائزاً فكذا البعض وهذا هو المشهور، وروي عن كل واحد منهما مثل قول صاحبه / . وعن أبي يوسف أنه ينقص منه قدر ما تقطع به اليد. [١٠٩ب/٢]

قال رحمه الله: (وإن رده لأقل منها فبحسابه) أي لأقل من مسيرة السفر يجب بحسابه لأن العوض يوزع على المعوض ضرورة المقابلة **وذكر في الأصل أنه يرضخ له** إذا وجده في المصر أو خارج المصر وعن أبي حنيفة أنه لا شيء له في المصر ثم إن اتفقا على الرضخ فلا كلام، وإن اختلفا فالإمام يقدره وإن رده من أكثر من مسيرة السفر لا يزاد على أربعين درهماً لأنه يتعلق بمدة السفر فلا يزاد بزيادتها كسائر الأحكام المتعلقة بها، **وإن كان العبد مشتركاً يجب على كل واحد منهم بقدر نصيبه** فلا يأخذ من أوفى حتى يوفى كله كالمبيع المحبوس بالثمن وإن رد عبدين أو أكثر **يجب لكل واحد منهم أربعون درهماً** ولو رد جارية معها ولد صغير يكون تبعاً لأمه فلا يزاد على الجعل شيء وإن كان مراهقاً يجب ثمانون درهماً.

قال رحمه الله: (وأم الولد والمدبر كالقن) لأنهما مملوكان للمولى ويستكسبهما كالقن فحصل به إحياء المالية من هذا الوجه بخلاف المكاتب لأنه أحق بمكاسبه فلا يوجد فيه إحياء مال المولى هذا إذا ردهما في حياة المولى، وإن ردهما بعد موته فلا جعل له لأن أم الولد تعتق بموته فتكون حرة ولا جعل في الحر وكذا المدبر إن خرج من الثلث لما ذكرنا وإن لم يخرج فكذلك عندهما لأنه حر عليه دين إذ العتق لا

الفقه أيضاً ولم يذكروا قول أبي حنيفة وذكر في شرح الطحاوي قوله مع محمد فقال: ولو كان العبد يساوي أربعين درهماً أو دونها فإنما ينقص من قيمته درهم واحد عند أبي حنيفة ومحمد وهو قول أبي يوسف الأول ثم رجع وقال: يجب الجعل أربعون درهماً وإن كانت قيمته درهماً واحداً وكذلك ذكر الطحاوي في مختصره أيضاً اهـ إتقاني. **قوله: (وذكر في الأصل أنه يرضخ له)** يقال: رضخ فلان لفلان من ماله إذا أعطاه قليلاً من كثير اهـ إتقاني. **قوله: (وإن كان العبد مشتركاً يجب على كل واحد منهم بقدر نصيبه)** أي فلو كان البعض غائباً فليس للحاضر أن يأخذه حتى يعطي تمام الجعل، ولا يكون متبرعاً بنصيب الغائب فيرجع عليه لأنه مضطر فيما يعطيه لأنه لا يصل إلى نصيبه إلا به هذا كله إذا رده بلا استعانة فلو أن رجلاً قال لآخر: إن عبدي قد أبق فإذا وجدته خذه فوجد فرده ليس له شيء لأن مالكه استعان به ووعده الإعانة والمعين لا يستحق شيئاً اهـ إتقاني. **قوله: (حتى يوفى كله)** أي كل الجعل اهـ **قوله: (يجب لكل واحد منهم أربعون درهماً)** أي وإن كان الراد اثنين

يتجزأ عندهما، وعنده مكاتب ولا جعل في المكاتب وإن رد القن بعد موت مولاه يستحق الجعل إن كان الراد أجنبياً وإن كان وارثاً ينظر فإن كان أخذه بعد موت المولى لا يستحق شيئاً لأن العمل يقع في محل مشترك بينه وبين غيره من الورثة وفيه لا يستحق الأجر على ما عرف في موضعه، وإن أخذه في حياته ثم مات يستحق الجعل في حصة غيره عندهما خلافاً لأبي يوسف، هو يقول: إن وجوب الجعل يضاف إلى التسليم لا إلى الأخذ، ولهذا لو هلك قبل التسليم يسقط ووقت التسليم هو مشترك بينه وبين غيره فيكون عاملاً لنفسه فلا يستحق الجعل، ولهما أن الوجوب مضاف إلى العمل لأن الأجرة تستحق بالعمل وأثر التسليم في المبادلة في تأكيد البدل لا في إيجابه، إلا أن سبب التأكيد إذا فات يسقط البدل بعد الوجوب لأن الوجوب كان متعلقاً به، وهنا التسليم فات في حصته إذ لا يكون مسلماً ومتسلماً ولم يفت في حصة غيره فيتأكد عليهم حصتهم كما لو خاط أو صبغ ثوباً لمورثه ثم مات قبل التسليم **لا يسقط الأجر في حصته** بخلاف ما لو أخذه والمولى ميت لأن العمل وقع في محل مشترك فلا يستحق الأجر على ما بينا، ولو رد عبد أبيه أو أخيه أو سائر أقاربه لا يجب عليه الجعل إذا كان في عيال المولى لجريان العادة بالرد تبرعاً، ولو لم يكن في عياله وجب الجعل له **إلا الابن إذا رد عبد أبيه أو أحد الزوجين** رد عبد الآخر فإنهما لا يجب لهما الجعل مطلقاً لأن رد الآبق على المولى نوع خدمة للمولى وخدمة الأب مستحقة على الابن فلا تقابل بأجر، وكذا خدمة أحد الزوجين الآخر وكذا الوصي إذا رد عبد اليتيم لا يستحق الجعل ولا جعل للسلطان إذا رد آبقاً.

قال رحمه الله: (وإن أبق من الراد لا يضمن) لأنه أمانة في يده إذا شهد وقت

والآبق واحداً فلهما جعل واحد بينهما نصفان اهـ اق. **قوله: (لا يسقط الأجر في حصته)** الظاهر يدل قوله :في حصته في حصتهم فتأمل **قوله: (إلا الابن إذا رد عبد أبيه أو أحد الزوجين)** قال في شرح الطحاوي: ولو كان الراد ذا رحم محرم من المردود عليه فإنه ينظر إن وجد الرجل عبد أبيه فلا جعل له سواء كان في عياله أو لم يكن، وكذلك المرأة والزوج وإن وجد الأب عبد ابنه إن لم يكن في عياله فله الجعل وإن كان في عياله فلا جعل له وكذلك الأخ، وسائر ذوي الأرحام إذا وجد عبد أخيه إن كان في عياله فلا جعل له وإن لم يكن في عياله فله الجعل. إلى هنا لفظه وجملته ما ذكر شيخ الإسلام أبو بكر المعروف بخواهرزاده في مبسوطه وهو ما إذا رد الآبق واحد من أقرباء المولى، إن لم يكن الراد ولداً فإنه ينظر إن لم يكن في عياله فإنه يستحق الجعل قياساً واستحساناً لأن الراد بائع من وجه وأجير من وجه، وأي ذلك اعتبرنا وجب الجعل لأنه لو باع شيئاً من قريبه استحق الثمن ولو عمل له بإجارة استحق الأجر وإن كان في عياله ووجب الجعل قياساً لهذا المعنى، وفي

الأخذ على ما بينا في اللقطة ولا جعل له لأنه لم يرده على مولاه ولو أخذه غيره فرده على مولاه فالجعل له لأنه هو الذي رده على المولى ولو جاء به إلى المولى فأعتقه المولى قبل التسليم إليه استحق الجعل لأن الإعتاق منه قبض معنى، ولهذا لو أعتق المشتري المبيع قبل القبض وجب / عليه تسليم الثمن لأنه قبض له ولو دبره والمسألة [١١٠/أ/٢] بحالها فلا جعل له حتى يقبضه لأن التدبير ليس بقبض ولو باعه من الراد استحق الجعل لسلامة البدل له بخلاف ما إذا وهبه له قبل التسليم، وإن هلك في يده فلا ضمان عليه لما ذكرنا ولا جعل له لأنه بمنزلة المبيع في يد البائع حتى كان له حبسه بالجعل، كما يحبس البائع بالثمن المبيع ثم إذا هلك المبيع قبل القبض لا يستحق الثمن فكذا هذا، هذا إذا صدقه المولى في الإباق وإن كذبه فالقول قول المولى لأن السبب الموجب للضمان من الآخذ قد ظهر فلا تسمع دعواه ما يبرئه عنه إلا إذا أقام البينة على إقرار المولى بأنه أبق.

قال رحمه الله: (ويشهد أنه أخذه ليرده) لأن الإشهاد يدل على أنه أخذه ليرده على مولاه وتركه يدل على أنه أخذه لنفسه فلا بد له من الإشهاد حتى لو ترك الإشهاد يكون ضامناً، ولا يستحق الجعل إذا رده، وهذا عندهما وعند أبي يوسف لا يضمن ويستحق الجعل إذا رده لأن الإشهاد عنده ليس بشرط على ما بينا في اللقطة وأجمعوا على أنه لا يستحق الجعل إلا إذا أخذه [ليرده][1] حتى لو أقر أنه أخذه لنفسه أو اشتراه أو اتهبه لنفسه ثم رده على المولى لا يستحق الجعل.

قال رحمه الله: (وجعل الرهن على المرتهن) **لأنه أحيا دينه بالرد لرجوعه به بعد** سقوطه فحصل سلامة ماليته له، ولولا ذلك لهلك دينه والرد في حياة الراهن وبعده سواء لما ذكرنا من المعنى وهو لا يختلف فيهما، هذا إذا كان كله مضموناً بأن كانت قيمته مثل الدين أو أقل فإن كان بعضه أمانة بأن كانت قيمته أكثر من الدين جعل حصة المضمون على المرتهن، وحصة الأمانة على الراهن لأن حق المرتهن في المضمون فصار كثمن الأدوية والفداء من الجناية وإن كان مديناً فالجعل على المولى إن اختار قضاء ما عليه من الديون وإن أبى بيع العبد وأخذ الرد جعله من ثمنه وما بقي

الاستحسان لا يجب لأن الرد حصل على سبيل التبرع عرفاً وعادة فإن العرف فيما بين الناس أن من أبق عبده إنما يطلبه من كان في عياله ويرده متبرعاً فلو ثبت التبرع نصاً لا يجب الجعل، فكذا إذا ثبت عرفاً لأن الثابت عرفاً كالثابت نصاً بخلاف ما إذا لم يكن في عياله لأن التبرع لم يوجد لا نصاً ولا عرفاً اهـ إتقاني. **قوله: (لأنه أحيا دينه بالرد لرجوعه به)** أي

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من المطبوع.

يعطى لأصحاب الديون لأنه مؤنة الملك فيجب على من يستقر له الملك، وإن كان جانياً فإن اختار المولى الفداء فالجعل عليه لأنه طهره عن الجناية باختياره فصار كأنه لم يجن وأحيا الراد ماليته بالرد إليه وإن اختار دفعه بالجناية فالجعل على ولي الجناية لأنه بالرد أحيا حقه، وإن كان موهوباً فعلى الموهوب له وإن رجع الواهب في الهبة بعد الرد لأن الملك للموهوب له عند الرد فزواله بالرجوع بعد ذلك كزواله بغيره من الأسباب، ولأن زوال ملكه بالرجوع بتقصير منه وهو تركه التصرف فيه فلا يسقط عنه الواجب بالرد بخلاف العبد الجاني والمدين وجعل عبد الصبي في مال الصبي لأنه مؤنة ملكه ولو رده وصيه لا يستحق الجعل، لأن تدبيره واجب عليه فلا يستحق الأجر به، وجعل لعبد المغصوب على الغاصب لأن ضمان جناية العبد على الغاصب وجعل عبد رقبته لرجل وخدمته لآخر على صاحب الخدمة في الحال فإذا مضت المدة رجع به على صاحب الرقبة ويباع العبد به **لأنه بمنزلة العبد المشترك**.

قال رحمه الله: (وأمر نفقته كاللقطة) لأنه لقطة حقيقة فيكون حكمه كحكمه من أن الآخذ إذا أنفق عليه من غير إذن القاضي يكون متبرعاً ولا بد من اشتراط الرجوع على المولى عند الإذن وفي حبسه بالنفقة عند حضور مولاه غير أنه لا يؤجره وقد ذكرناه من قبل والله سبحانه وتعالى أعلم.

لرجوع الدين بالرد بعدما سقط، ولولا الرد لاستمر ذهابه اهـ من خط الشارح. **قوله: (لأنه بمنزلة العبد المشترك)** أي المشترك بين أرباب الديون حيث يباع ويقدم الجعل ثم الباقي للموصى له بالعين اهـ اق.

كتاب المفقود

قال رحمه الله: (هو غائب لم يدر موضعه وحياته وموته) وذكر في النهاية أنه في اللغة/ من الأضداد يقول الرجل: فقدت الشيء أي أضللته وفقدته أي طلبته وكل [١١٠ب/٢] من المعنيين متحقق في المفقود فقد ضل عن أهله وهم في طلبه، وفي اصطلاح الفقهاء غائب لم يدر موضعه وحياته وموته وأهله في طلبه يجدّون، وقد انقطع عنهم خبره وخفي عليهم أثره فبالجد قد يصلون إلى المراد، وربما يتأخر اللقاء إلى يوم التناد، وحكمه في الشرع أنه حي في حق نفسه حتى لا يقسم ماله بين ورثته، ميت في حق غيره حتى لا يرث من أحد مات من أقاربه لأن ثبوت حياته باستصحاب الحال، ولا يعتبر إلا في إبقاء ما كان على ما كان ولا يصلح للاستحقاق.

قال رحمه الله: (فينصب القاضي من يأخذ حقه ويحفظ ماله ويقوم عليه) لأن القاضي نصب ناظراً لكل من عجز عن النظر لنفسه وقد عجز المفقود فصار كالصبي والمجنون، وفي نصب ما ذكرنا نظر له فيفعل وقوله: من يأخذ حقه يعني يقبض غلاّته والديون التي أقر بها غرماؤه لأنه من باب الحفظ ولا يخاصم في دين لم يقر به الغريم ولا في نصيب له في عقار أو عرض في يد غيره لأنه ليس بمالك ولا نائب عنه، وإنما هو وكيل بالقبض من جهة القاضي ولأنه لا يملك الخصومة بالاتفاق لما فيه من تضمن الحكم على الغائب، وإنما الخلاف المعروف بين الأصحاب فيمن وكله المالك بقبض الدين هل يملك الخصومة أم لا؟ فعند أبي حنيفة يملك وعندهما لا يملك لما عرف في موضعه فإذا كان يتضمن الحكم على الغائب لا يجوز عندنا فلو قضى به قاض يرى ذلك جاز لأنه فصل مجتهد فيه فينفذ قضاؤه بالاتفاق فإن قيل: المجتهد فيه نفس القضاء فينبغي أن يتوقف نفاذه على إمضاء قاض آخر كما لو كان القاضي محدوداً في القذف قلنا: ليس كذلك بل المجتهد فيه سبب القضاء وهو أن البينة هل تكون حجة من غير خصم حاضر أم لا، فإذا رآها القاضي حجة وقضى بها نفذ قضاؤه كما لو قضى بشهادة المحدود في القذف. هكذا ذكر هنا وهو مشكل فإن الاختلاف في نفس القضاء وإلا لم يتصور الاختلاف في نفس القضاء أبداً فإذا كان الاختلاف في نفس القضاء فلا ينفذ حكمه حتى ينفذه حاكم آخر بخلاف ما إذا كان الاختلاف في واقعة فحكم الحاكم بأحد القولين، حيث ينفذ حكمه فيه

كتاب المفقود

قال في النقاية: هو غائب لم يدر أثره حي في حق نفسه فلا تنكح عرسه ولا يقسم

من غير تنفيذ أحد لوجود الاختلاف فيها قبل الحكم، ثم الوكيل الذي نصبه القاضي يخاصم في دين وجب بعقده بلا خلاف، لأنه أصل فيه فترجع حقوقه إليه ويبيع ما يخاف عليه الفساد من ماله، لأنه تعذر حفظ صورته ومعناه، فتعين النظر فيه بحفظ المعنى، ولا يبيع مالا يخاف عليه الفساد في نفقة ولا في غيرها، لأنه [لا][1] ولاية له على الغائب إلا في حفظ ماله، فلا يجوز له ترك حفظ الصورة من غير ضرورة.

قال رحمه الله: (وينفق منه على قريبه ولاداً وزوجته) أي ينفق من ماله على فروعه وأصوله، وهو المراد بقوله: ولاداً وعلى زوجته، لأن نفقة هؤلاء واجبة من غير قضاء القاضي، ولهذا لو ظفروا بماله أخذوه من غير قضاء ويكون القضاء إعانة لهم، فلا يكون قضاء على الغائب بخلاف نفقة غيرهم كالإخوة والأعمام وغيرهم من ذي الرحم المحرم غير الولاد، لأن نفقتهم لا تجب إلا بقضاء القاضي لما أنه مختلف فيه، فلو قضى لهم لكان قضاء على الغائب وهو لا يجوز، وقوله: من ماله المراد به الدراهم والدنانير لأن حقهم في المطعوم والملبوس، فإذا لم يكن ذلك في ماله يحتاج إلى القضاء بالقيمة، وهي النقدان والقضاء على الغائب لا يجوز والتبر بمنزلتهما في هذا الحكم، لأنه يصلح قيمة كالنقود، وهذا إذا كان في يد القاضي /، وإن كان وديعة أو [١١١ أ/٢] ديناً ينفق عليهم منهما إذا كان المودع والمدين مقرين بالوديعة والدين والنسب والنكاح إذا لم يكونا ظاهرين عند القاضي، وإن كانا ظاهرين فلا حاجة إلى إقرارهما، **وإن كان أحدهما ظاهراً** دون الآخر يشترط الإقرار بما ليس بظاهر في الصحيح، فإن دفعا إليهم بغير أمر القاضي [ضمن][1] المودع، ولا يسقط الدين لتعدي المودع، وعدم إيصال الدين إلى صاحبه أو نائبه بخلاف ما إذا دفع إلى القاضي نفسه أو إلى غيره

ماله ولا تنفسخ إجارته اهـ **قوله: (وإن كان أحدهما ظاهراً)** أي الوديعة والدين أو النكاح والنسب اهـ هداية. **قوله: (لم يتعين لحقه)** أي وهو النفقة اهـ **قوله: (لأن عمر فعل ذلك في الذي استهوته الجن)** أي جرته اهـ ذكر في المبسوط عن عبد الرحمن بن أبي ليلى قال: أنا لقيت المفقود فحدّثني حديثه «قال: أكلت خزيراً بالزاي والياء المثناة مرقة تطبخ بما يصفى من بلالة النخالة في أهلي ثم خرجت، فأخذني نفر من الجن فمكثت فيهم ثم بدا لهم في عتقي فأعتقوني، ثم أتوا بي قريباً من المدينة فقالوا: أتعرف النخيل قلت: نعم فخلوا عني فجئت، فإذا عمر أبان امرأتي بعد أربع سنين فاعتدت وتزوّجت فخيرني عمر بين أن يردّها عليّ وبين المهر، وأهل الحديث يرون أن عمر همّ بتأديبه حين رآه وجعل يقول: يغيب أحدكم عن امرأته هذه المدّة الطويلة ولا يبعث بخبره فقال: لا تعجل يا أمير

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من المطبوع.

بأمره، لأن القاضي له ولاية الدفع والأخذ، فإذا كانا جاحدين أصلاً، أو كانا جاحدي السبب من النسب والزوجية لم ينتصب أحد من المستحقين خصماً فيه، لأن ما يثبته للغائب وهوالمال **لم يتعين لحقه** لجواز أن يكون له مال آخر غيره، بخلاف ما إذا كان حقه متعيناً فيه كالشفيع يدعي على رجل شراء المشفوع من المالك الغائب، وكالعبد يدعي على رجل أنه اشتراه من مولاه الغائب وأعتقه، فإنه يقضي على الغائب في مثله للضرورة.

قال رحمه الله: (ولا يفرّق بينه وبينها) أي لا يفرق بينه وبين امرأته، وقال مالك: إذا مضى أربع سنين يفرق بينهما وتعتد عدة الوفاة ثم تتزوّج إن شاءت، **لأن** «**عمر** رضي الله عنه **فعل ذلك في الذي استهوته الجن**» ولأنه فات حقها فيفرق بينهما بعد مضي مدة اعتباراً بالعنة والإيلاء فأخذ منهما المقدار الأربع من الإيلاء والسنين من العنة عملاً بالشبهين، لأن حقها فات وهو معذور في العنة لأنه مباح كما في العنة، ولنا قوله عليه الصلاة والسلام: «في امرأة المفقود أنها امرأته حتى يأتيها البيان»[1] وقال «عليّ رضي الله عنه فيها هي امرأة ابتليت فلتصبر حتى يستبين موته

المؤمنين وذكر له قصته»[2] وفي هذا الحديث دليل لمذهب أهل السنة أن الجن يتسلطون على بني آدم، وأهل الزيغ ينكرون ذلك على الاختلاف بينهم، فمنهم من يقول: المستنكر دخولهم في الآدمي لأن اجتماع روحين في شخص واحد لا يتحقق، وقد يتصوّر تسلطهم على الآدمي من غير أن يدخلوا فيه، ومنهم من قال: الجن أجسام لطيفة فلا يتصوّر أن يحملوا جسماً كثيفاً من موضع إلى موضع، ولكنا نأخذ بما ورد به الآثار، قال عليه الصلاة والسلام: «إن الشيطان يجري من ابن آدم مجرى الدم»[3] وقال عليه الصلاة والسلام: «إنه يدخل في رأس الإنسان فيكون على قافية رأسه»[4] فنتبع الآثار ولا نشتغل بكيفية ذلك، كذا في الدراية وفي طلبة الطلبة، وكان شمس الأئمة السرخسي يقول: إن هذا المفقود كان اسمه خرافة، وكان بعد رجوعه من الجن يحكي عنهم أشياء يتعجب منها ويتوقف في صحتها فكانوا يقولون: هذا حديث خرافة، وصار هذا مثلاً يضرب عند سماع ما لاتعرف صحته، والخرافات كل ما لا صحة لها مأخوذة من هذا اهـ واستبعدها في المغرب، لأن المفقود كان في عهد عمر رضي الله عنه، وخرافة كان في عهد النبي ﷺ اهـ

---

(١) أخرجه البيهقي في سننه الكبرى (٧/ ٤٤٥).

(٢) أخرجه مالك في موطئه كتاب الطلاق (١٢١٩).

(٣) أخرجه البخاري في الاعتكاف (٢٠٣٨)، ومسلم في السلام (٢١٧٤)، والترمذي في الرضاع (١١٧٢)، وأبو داود في الصوم (٤٧١٩)، وابن ماجه في الصيام (١٧٧٩).

(٤) أخرجه البخاري في بدء الخلق (٣٢٦٩)، ومسلم في صلاة المسافرين وقصرها (٧٧٦)، وأبو داود في الصلاة (١٣٠٦).

أو طلاقه»[١] فكانا بياناً للبيان المذكور في المرفوع، ولأن النكاح حقه وهو حي في إبقاء حقه، ولهذا لا يورث ماله للحال فكذا لا يفرق بينه وبينها، وقد صح رجوع عمر إلى قول عليّ رضي الله عنهما فلا يلزم حجة، والتفريق في الإيلاء لرفع الظلم، ولا ظلم في المفقود فلا يقاس عليه، ولأنه كان طلاقاً معجلاً فأجله الشارع فكان إيقاعاً بخلاف الغيبة، فلا تقاس عليه ولا على العنة، لأن الغربة يعقبها الرجوع والعنة لا تزول بعد استمرارها سنة عادة فانعدم شرط القياس وهو الاستواء.

قال رحمه الله: (وحكم بموته بعد تسعين سنة) لأن الغالب لا يعيش أكثر من ذلك وهو مروي عن أبي بكر الفضلي[٢] وعن أبي بكر محمد بن حامد[٣] وأبو يوسف قدره بمائة سنة، وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه قدره بمائة وعشرين سنة، وفي ظاهر الرواية أنه مقدر بموت الأقران في بلده، لأن الرجوع إلى أمثاله فيما تقع الحاجة فيه إلى معرفته طريق الشرع كقيم المتلفات ومهر مثل النساء، فإذا لم يبق أحد من أقرانه دل ذلك على موته فحكم بموته، لأن بقاءه بعد أقرانه نادر، ومبنى الأحكام الشرعية على الغالب لا على النادر، والمختار أنه يفوّض إلى رأي الإمام لأنه يختلف باختلاف البلاد، وكذا غلبة الظن تختلف باختلاف الأشخاص، فإن الملك العظيم إذا انقطع خبره يغلب على الظن في أدنى مدة أنه مات، لا سيما إذا دخل في مهلكة، وما كان سبب اختلاف الناس في مدته إلا لاختلاف آرائهم فيه فلا معنى لتقديره.

قال رحمه الله: (وتعتد امرأته وورث منه حينئذ لا قبله) أي حين حكم بموته لا قبل ذلك، حتى لا يرثه إلا ورثته الموجودون في ذلك/ [١١١ ب/٢] الوقت لا من مات قبل ذلك الوقت من ورثته كأنه مات فيه عياناً، لأن الحكمي معتبر بالحقيقي.

قال رحمه الله: (ولا يرث من أحد مات) أي لا يرث المفقود من أحد مات من أقاربه حال فقده قبل الحكم بموته، لأن بقاءه إلى ذلك الوقت حياً باستصحاب الحال، وهو لا يصلح حجة، لأن يستحق به مال الغير، وإنما يدفع به استحقاق مالية غيره، فيكون كأنه حيّ في ماله ميت في حق مال غيره هذا إذا لم تعلم حياته إلى أن يحكم بموته، وإن علم حياته في وقت من الأوقات يرث ممن مات قبل ذلك الوقت، ولهذا يوقف نصيبه من مال من مات قبل ذلك الوقت من أقاربه، كما في الحمل لاحتمال أن يكون حياً فيرث، فإن تبين حياته في وقت مات فيه قريبه كان له وإلا يردّ

---

(١) أخرجه البيهقي في مسنده الكبرى (٧/٤٤٦).

(٢) هو نفسه أبو بكر محمد بن الفضل وتقدم تخريجه.

(٣) لعله محمد بن حامد بن علي أبو بكر البخاري أمام أصحاب أبي حنيفة ببخارى توفي سنة (٣٨٣هـ). انظر الجواهر المضية (٣/١١٤).

الموقوف لأجله إلى وارث مورثه الذي وقف من ماله، وكذا لو أوصى له بوقف الموصى به إلى أن يحكم بموته، فإذا حكم بموته يرد المال الموصى به إلى ورثة الموصي.

قال رحمه اللّه: (ولو كان مع المفقود وارث يحجب به لم يعط شيئاً، وإن انتقص حقه به) أي بالمفقود (يعطى أقل النصيبين ويوقف الباقي كالحمل) لأن حالة متردد فيعمل بالأحوط فالأحوط كالحمل، ثم الأصل في تصحيح مسائل المفقود هو أن ينظر في المسألة فتصحح على تقدير حياته وعلى تقدير مماته، ثم ينظر بين التصحيحين فإن كان بينهما موافقة فاضرب وفق أحدهما في الآخر وإلا اضرب الجميع في الجميع، ثم من كان يسقط من الورثة على تقدير حياته أو مماته فتسقطه، ومن كان ينتقص في إحدى الحالتين ولا يسقط يعطى أقل النصيبين ويوقف الباقي، ومن لا يتغير نصيبه في الحالتين يعطى نصيبه كاملاً **مثاله تركت امرأة زوجاً**، وأماً وأختاً لأبوين وأخاً كذلك مفقوداً فللأم السدس على تقدير حياته، **وعلى تقدير مماته الربع** وللزوج النصف على تقدير حياته، وعلى تقدير وفاته الربع والثمن، **وكذا للأخت** على تقدير مماته وعلى تقدير حياته لها التسع فيعطى كل واحد منهم الأقل ويوقف الباقي من نصيبه، **ولو ترك رجل بنتين** وأخاً لأب وبنت ابن وابن ابن مفقوداً فللبنتين الثلثان على كل حال، ولبنت الابن التسع على تقدير حياته ولا شيء لها على تقدير مماته وللأخ الثلث على تقدير مماته، ولا شيء له على تقدير حياته فيعطى البنتان الثلثين، ولا يعطى الأخ ولا بنت الابن شيئاً كما في الحمل على ما عرف في موضعه واللّه أعلم.

قوله: (مثاله تركت امرأة زوجاً إلخ) هذا مثال لصورة انتقاص حصة الوارث الحاضر بالمفقود على تقدير حياته اهـ **قوله: (وعلى تقدير مماته الربع)** أي لأن المسألة حينئذ تكون عائلة للزوج النصف وللأخت النصف وللأم الثلث، ثم بالعول صار ثلثها ربعاً، وصار نصف كل من الزوج والأخت ربعاً وثمناً كما ذكر واللّه أعلم. **قوله: (وكذا للأخت)** أي ربع وثمن اهـ **قوله: (ولو ترك رجل بنتين)** هذا مثال لصورة ما يحجب فيه الوارث الحاضر بالمفقود على تقدير حياته اهـ واللّه أعلم.

كتاب الشركة

وهي عبارة عن اختلاط النصيبين فصاعداً **بحيث لا يعرف أحد النصيبين من الآخر** ومنه الشرك بالتحريك **حبالة الصائد**، لأن فيه اختلاط بعض حبله بالبعض، ثم يطلق اسم الشركة على العقد مجازاً لكونه سبباً له، واعلم أن الشركة على ضربين شركة ملك وشركة عقد على ما نبين في أثناء البحث.

قال رحمه الله: (شركة الملك أن يملك اثنان عيناً إرثاً أو شراء) **وكذا استيلاء أو اتهاباً** أو وصية **أو اختلاط مال بغير صنع** أو بصنعهما بحيث لا يتميز أو يعسر

كتاب الشركة

هو بإسكان الراء، في المعروف أورد الشركة عقب المفقود لتناسبهما بوجهين كون مال أحدهما أمانة في يد الآخر، كما أن مال المفقود أمانة في يد الحاضر، وكون الاشتراك قد يتحقق في مال المفقود، كما لو مات مورثه وله وارث آخر والمفقود حي وهذه عامة فيهما، وفي الآبق واللقطة واللقيط على اعتبار وجود مال مع اللقيط، وإنما قدم المفقود عليهما وأولاه الإباق لشمول عرضية الهلاك كلاً من نفس المفقود والآبق، وكأن بعضهم تخيل أن عرضية الهلاك للمال فقال: لأن المال على عرضية التوى، وحاصل محاسن الشركة يرجع إلى الاستعانة في تحصيل المال، والشركة لغة خلط النصيبين بحيث لا يتميز أحدهما، وما قيل أنه اختلاط النصيبين تساهل، فإن الشركة اسم المصدر، والمصدر الشرك مصدر شركت الرجل أشركه شركاً فظهر أنها فعل الإنسان وفعله الخلط، وأما الاختلاط فصفة للمال ثبتت عن فعلهما ليس له اسم من المال، ولا يظن أن اسمه الاشتراك، لأن الاشتراك فعلهما أيضاً مصدر اشترك الرجلان افتعال من الشركة، ويعدى إلى المال بحرف في فيقال: اشتركا في المال أي حققا الخلط فيه فالمال مشترك فيه، أي تعلق به اشتراكهما أي خلطهما اهـ فتح. **قوله: (بحيث لا يعرف أحد النصيبين من الآخر)** ثم يطلق اسم الشركة على عقد الشركة، وإن لم يوجد اختلاط النصيبين، لأن العقد سبب له ثم ركن شركة الملك اجتماع النصيبين، وحكمها أن يكون المال بينهما مشتركاً، وكل واحد في نصيب الآخر كالأجنبي لا يجوز تصرفه بدون إذنه، وركن شركة العقود الإيجاب والقبول بأن يقول أحدهما لصاحبه: شاركتك في كذا وكذا فيقول الآخر: قبلت، وحكمها الشركة في الربح، ثم شركة الأملاك على ضربين جبري واختياري، فالأول في العين يرثها رجلان، والثاني في العين يشتريانها أو توهب لهما أو توصى لهما فقبلا اهـ إتقاني رحمه الله. **قوله: (حبالة الصائد)** حبالة الصائد بالكسر اهـ مصباح. **قوله: (وكذا استيلاء إلخ)** مثل

كالجنس بالجنس، أو المائع بالمائع أو خلط الحنطة بالشعير وهذا النوع من الشركة كان واقعاً في زمنه عليه الصلاة والسلام كالشركة في المواريث والغنائم ونحوهما.

قال رحمه الله: (وكل أجنبي في قسط صاحبه) أي كل واحد منهما أجنبي في نصيب صاحبه حتى لا يجوز له أن يتصرف فيه إلا بإذنه كما لغيره من الأجانب وإن باع نصيبه من شريكه جاز كيفما كان لولايته على ماله، وكذا/ إذا باعه من غيره [١١٢/١ /٢] لما ذكرنا إلا في صورة الخلط والاختلاط، فإنه لا يجوز أن يبيعه من أجنبي إلا بإذن شريكه **لأن خلط الشيء بما لا يتميز** استهلاك، وهو سبب لزوال الملك عن المخلوط إلى الخالط لو كان على سبيل التعدي، فإذا حصل من غير تعدّ **فقد انعقد سبب الزوال من وجه** فأورث شبهة زوال نصيب كل واحد منهما إلى شريكه في حق البيع من الأجنبي، ولا يجوز بيع نصيبه إلا برضا شريكه، وأما فيما عداه ملك كل واحد منهما قائم من وجه لانعدام سبب الزوال فيطلق له التصرف، ولأن ملك كل واحد في هذه الصورة على حياله، لأن كل حبة مشار إليها ليست بمشتركة وإنما هي ملك أحدهما بعينه إلا أنه لا يمكن التمييز بين ملكيهما فلا يقدر على تسليمه، والعجز عن التسليم مانع من الجواز بخلاف غير هذه الصورة من أنواع الشركة، لأن ملك كل واحد منهما ثابت في كل جزء من أجزاء العين وهو معلوم مقدور التسليم فيجوز.

قال رحمه الله: (وشركة العقد أن يقول أحدهما: شاركتك في كذا ويقبل الآخر) لأنه عقد من العقود فلا بد من الإتيان بركنه وهو الإيجاب والقبول بأن يقول: شاركتك في بز أو نحوه أو في عموم التجارات، **وشرطه** أن يكون التصرف المعقود عليه عقد الشركة **مما يقبل الوكالة** ليقع ما يحصله كل واحد منهما مشتركاً بينهما فيحصل لنفسه بطريق الأصالة ولشريكه بطريق الوكالة، ولا يمكنه ذلك فيما لا يقبل التوكيل كالاحتطاب **والاحتشاش ونحو ذلك** من المباحات لأن التوكيل لا يصح فيه فيكون ما يكسبه له خاصة دون صاحبه، ثم شركة العقود على ثلاثة أوجه شركة

ما إذا استوليا على عين واحدة من أعيان مال أهل الحرب اهـ **قوله: (أو اتهابا)** أي قبلا عيناً وهبت لهما اهـ **قوله: (أو اختلاط مال بغير صنع)** أي كما إذا شق الكيسان فاختلط ما فيهما من الدراهم اهـ **قوله: (لأن خلط الشيء بما لا يتيمز)** أي مثل خلط الجنس بالجنس اهـ **قوله: (فقد انعقد سبب الزوال من وجه)** أي لوجود الخلط غير موجود من وجه لانعدام صفة التعدي عن الخلط اهـ **قوله: (وشرطه)** أي شرط شركة العقود اهـ إتقاني. **قوله: (مما يقبل الوكالة)** أي سواء كان عناناً أو مفاوضة اهـ إتقاني وكتب على قوله مما يقبل الوكالة ما نصه: لأن عقد الشركة يتضمن الوكالة، لأن المقصود من الشركة تحصيل الربح بالتجارة، والتصرف في مال الغير لا يجوز إلا بولاية أو وكالة من طريق النطق أو الحكم، ولم توجد

بالمال وشركة بالأعمال وشركة بالوجوه، وكل قسم ينقسم إلى قسمين مفاوضة وعنان فصارت ستة أقسام، وعقد الشركة جائز لأنه عليه الصلاة والسلام بعث والناس يتعاملون فأقرّهم عليه، وروي أن السائب قال للنبي ﷺ: «كنت شريكي في الجاهلية فكنت خير شريك لا تداريني ولا تمارينى»[١] رواه أبو داود وغيره من الثقات، وقال عليه الصلاة والسلام: «إن اللّه تعالى يقول: أنا ثالث الشريكين ما لم يخن أحدهما صاحبه، فإذا خان خرجت من بينهما»[٢] رواه أبو داود. وروى البخاري وأحمد «أن زيد بن أرقم والبراء بن عازب كانا شريكين فاشتريا فضة بنقد ونسيئة فبلغ النبي ﷺ فأمرهما أن ما كان بنقد فأجيزوه وما كان بنسيئة فردّوه»[٣] فعلم بذلك أن شركة العقد مشروعة.

قال رحمه اللّه: (**وهي مفاوضة** إن تضمنت وكالة وكفالة وتساويا مالاً وتصرفاً

الولاية والنطق له بالتوكيل فتعين الثالث لتحقق الحكم المطلوب من الشركة وهو الربح اهـ إتقاني. **قوله**: (**والاحتشاش ونحو ذلك**) أي كالاصطياد اهـ **قوله في المتن**: (**وهي مفاوضة إلخ**) وهذه الشركة جائزة عندنا استحساناً، وفي القياس لا تجوز وهو قول الشافعي وقال مالك لا أعرف ما المفاوضة، وقال في المختلف: قال الشافعي: لا أدري ما المفاوضة وجه القياس أن المفاوضة تضمنت شيئين، وكل واحد منهما عند انفراده لا يجوز فبالطريق الأولى أن: لا يجوز انضمامهما بيانها أنها تضمنت الوكالة والكفالة، والوكالة بمجهول الجنس لا تجوز، ألا ترى أنه لو قال: وكلتك بالشراء أو بشراء الثوب لا تصح الوكالة والكفالة بمجهول لا تصح أيضاً بخلاف الكفالة بمجهول لمعلوم فإنها جائزة كقوله: ما ذاب لك على فلان فعليّ وهنا فيما نحن فيه الوكالة بمجهول الجنس والكفالة بمجهول فينبغي أن لا تجوز، ولأن المفاوضة شرطها المساواة عندكم واعتبارها لا يمكن، لأن أحدهما يكون له فضل على الآخر في متاع الأهلي أو ثياب البدن ونحو ذلك، فإذا لم يمكن اعتبارها لم يمكن تصحيح المفاوضة، ووجه الاستحسان ما روى أصحابنا في عامة كتبهم عن النبي ﷺ أنه قال: «فاوضوا فإنه أعظم للبركة»[٤] وقال أبو بكر الرازي في شرحه لمختصر الكرخي: وقد روى جواز شركة المفاوضة عن الشعبي[٥] وابن سيرين[٦] وغيرهما ولأن المسلمين تعاملوا

---

(١) أخرجه أبو داود في الأدب (٤٨٣٦)، وابن ماجه في التجارات (٢٢٨٧).

(٢) أخرجه البيهقي في سننه (٦ / ٧٨).

(٣) أخرجه البخاري في البيوع (٢٠٦١) بنحوه، والنسائي في البيوع (٤٥٧٦)، وأحمد في مسنده (١٨٨٢٠) واللفظ له.

(٤) ذكره الزيلعي في نصب الراية (٣ / ٤٧٥) وقال: غريب.

(٥) هو عامر بن شراحيل الشعبي أبو عمرو التابعي الجليل علامة عصره ولد سنة (١٩هـ) وتوفي سنة (١٠٣هـ). انظر سير أعلام النبلاء (٤ / ٢٩٤).

(٦) هو محمد بن سيرين البصري الأنصاري بالولاء أبو بكر إمام وقته بالبصرة توفي سنة (١١٠هـ). من آثاره: منتخب الكلام في تفسير الأحلام. انظر تهذيب التهذيب (٩ / ٢١٤).

ودينا) أي شركة العقد تكون مفاوضة بهذه الشروط المذكورة لأن المفاوضة تنبئ عن المساواة وهي مشتقة منها **قال الشاعر**:

لا يصلح الناس فوضى لا سراة لهم ولا سراة إذا جهالهم سادوا[1]

والمساواة تكون بما ذكره على ما نبين، وقيل: المفاوضة مشتقة من التفويض لأن كل واحد منهما يفوّض أمر الشركة إلى صاحبه على الإطلاق، ولهذا كانت عامة في جميع التجارات لتحقق المساواة، ولا تصح إلا بلفظ المفاوضة أو بالنص على جميع ما تقتضيه المفاوضة، لأن أكثر الناس لا يعرفون شرائطها فيشترط النص عليها، أو على مقتضاها لتكون معلومة ظاهرة، وإنما شرطت الوكالة فيها ليتحقق المقصود وهو الشركة في المشتري، لأنه لا يقدر أن يدخله في ملك صاحبه إلا بالوكالة منه / ، [١١٢ب/٢] إذ لا ولاية له عليه ولا يقال: الوكالة بالمجهول لا تجوز فوجب أن لا تجوز هذه الشركة لتضمنها الوكالة بمجهول الجنس، كما إذا وكله بشراء ثوب ونحوه لأنا نقول: التوكيل بالمجهول لا يصح قصداً ويصح ضمناً، حتى صحت المضاربة مع الجهالة، لأنها توكيل بشراء شيء مجهول في ضمن عقد المضاربة، فكذا هذا وأقرب منه شركة العنان فإنها جائزة بالإجماع، وإن تضمنت ما ذكرنا من الجهالة في الوكالة إذ لا بد من تضمن عقد الشركة الوكالة لما ذكرنا، أو نقول: الجهالة تفسد العقد لكونها مفضية إلى المنازعة لا لذاتها، وهنا لا تفضي إلى المنازعة فتجوز وقوله: إن تضمنت الوكالة ليس فيه فائدة تمتاز به عن غيرها من أنواع الشركة، لأن كل عقد شركة يتضمنها ولا يصح إلا بها فلا تختص بالمفاوضة، وشرطت الكفالة في هذا النوع من الشركة لتثبت المساواة بينهما بطلب كل واحد منهما **فيما باشره أحدهما** ولا يقال: إن الكفالة لا تجوز إلا بقبول المكفول له في المجلس فكيف جازت هنا مع جهالته، لأنا نقول: ذاك في التكفيل مقصوداً، وأما إذا دخل في ضمن شيء آخر

هذه الشركة من غير نكير فكان دليلاً على جوازها ولا نسلم أن اعتبار المساواة لا يمكن، لأنا نشترط المساواة في مال التجارة لا غير وهي ممكنة فيه اهـ إتقاني مع حذف. **قوله: (قال الشاعر)** هو الأفوه الأودي قاله الإتقاني اهـ **قوله: (في الشعر: لا يصلح الناس فوضى لا سراة لهم)** أي لا تصلح أمور الناس حال كونهم متساوين لا أشراف لهم يأمرونهم وينهونهم والسراة جمع سرى وبعد هذا البيت:

إذا تولى سراة الناس أمرهم نما على ذاك أمر القوم وازدادوا

اهـ إتقاني. **قوله: (فيما باشره أحدهما)** أما لو كفل أحدهما عن أجنبي بمال هل يلزم

---

(١) هو من البحر البسيط للأفوه الأودي، انظر لسان العرب مادة /فوض/.

فلا يشترط على ما ذكرناه في اشتراط الوكالة مع الجهالة أو نقول: جوّزناه لتعامل الناس وبمثله يترك القياس كما في الاستصناع **واشترط التساوي في المال**، لأن لفظه ينبئ عن التساوي والمراد به التساوي في مال تصح فيه الشركة **كالنقود** ولا يضرها التفاضل في العروض، وإنما شرط أن يتساويا في التصرف، لأن المساواة شرط فيها، وهي تفوت عند فوات المساواة في التصرف كالحر والعبد أو البالغ والصغير، لأن الحر البالغ يملكه بنفسه وهما لا يملكانه إلا بإذن الولي والمولى، ولأنهما لايملكان التكفيل لكونه تبرعاً ابتداء، وهو شرط فيها واشترط أن يتساويا في الدين لأن الاختلاف فيه يؤدّي إلى الاختلاف في التصرف، فإن الكافر إذا اشترى خمراً أو خنزيراً لا يقدر المسلم أن يبيعه، ومن شرطها أن يقدر على بيع جميع ما اشتراه شريكه لكونه وكيلاً له في البيع والشراء، وكذا المسلم لا يقدر على شرائهما **كما يقدر الكافر عليه** ففات الشرط وهذا عندهما، وقال أبو يوسف: تجوز بينهما لأن كلاً منهما يملك التصرف ويستويان في الكفالة والوكالة ولا معتبر بزيادة تصرف يملكه أحدهما إلا

الآخر فيه اختلاف يجيء اهـ دراية. قوله: يجيء أي عند أبي حنيفة يكره خلافاً لهما. **قوله: (واشترط التساوي في المال إلخ)** قال الشيخ أبو الحسن الكرخي رحمه الله في مختصره: وشرط صحتها أن تكون في جميع التجارات ولا يختص أحدهما بتجارة دون شريكه، وأن يكون ما يلزم أحدهما من حقوق ما يتجران فيه لازماً للآخر، وما يجب لكل واحد منهما يجب للآخر، ويكون كل واحد منهما فيما وجب لصاحبه بمنزلة الوكيل وفيما وجب عليه بمنزلة الوكيل، وفيما وجب عليه بمنزلة الكفيل عنه، ويتساويان مع ذلك في رؤوس الأموال في قدرها وقيمتها، فإن تفاوتا في شيء من ذلك لم تكن مفاوضة وكانت عناناً، ويتساويان أيضاً في الربح لا يفضل أحدهما الآخر، ولا يكون لأحدهما مال خاص في يده أو مودع له مما بينت لك أن الشركة تجوز فيه من الدراهم والدنانير والفلوس أيضاً في قول أبي يوسف ومحمد: فإن كان في يد أحدهما شيء من ذلك لنفسه مما لم يدخل في الشركة فسدت المفاوضة، وكذلك إن صار في يده شيء من ذلك بعد المفاوضة فإن المفاوضة تفسد وتصير شركة عنان إلى هنا لفظ الكرخي رحمه الله وقال في الشامل في قسم المبسوط: دراهم أحدهما بيض ودراهم الآخر سود جازت المفاوضة إلا أن يكون لأحدها فضل على الآخر في الصرف، فلا تجوز شركة المفاوضة لما عرف، ولو كان لأحدهما ألف درهم وللآخر مائة دينار جازت إن استوت القيمة، وإن اختلفت تنعقد الشركة عناناً اهـ إتقاني. **قوله: (كالنقود)** أما فيما لا تصح فيه الشركة كالعروض والعقار والديون لا يشترط فيه المساواة، حتى لو كان لأحدهما ديون على الناس لا تبطل المفاوضة

أنه يكره لأن الكافر لا يهتدي إلى الجائز من العقود، **ونظيره أنها تجوز بين الشافعي والحنفي مع تفاوتهما في بيع متروك التسمية وشرائه** وجوابه ما بيناه، والفرق لهما أن الحنفي والشافعي لم يتفاضلا في التجارة وضمانها، لأن الشافعي في زعمه أن شراء متروك التسمية جائز لهما، وفي زعم الحنفي غير جائز لهما فقد استويا في التصرف فيما يرجع إلى اعتقادهما، وكذا المحاجة باقية بينهما فيلزمه فيرجع إليه بخلاف المسلم والذمّي، **وتجوز بين الكافرين** لاستوائهما في ملك التصرف والكفالة، **ولا تجوز بين العبدين ولا بين الصغيرين** ولا بين الصغير والبالغ لفقد شرطها، وهو ملك التصرف والكفالة فيهما أو في أحدهما ثم في كل موضع لا تصح فيه المفاوضة لفقد شرطها وهو ليس بشرط في العنان كان **عناناً** لاستجماع شرائطه، إذ هو أخص فإذا بطل [الأخص](١) تعين له الأعم.

قال رحمه اللّه: (فلا تصح بين حرّ وعبد وصبي وبالغ ومسلم وكافر) لما ذكرنا.

قال رحمه اللّه: (وما يشتريه كل يقع مشتركاً إلا طعام أهله وكسوتهم) أي ما يشتريه كل واحد منهما يكون للشركة إلا ما استثناه، لأن مقتضى عقد المفاوضة المساواة، إذ كل واحد منهما قائم مقام صاحبه في التصرف فكان شراؤه/ كشرائه، [١١٣/أ/٢] والقياس أن يكون الطعام المشترى والكسوة المشتراة مشتركاً بينهما، لأنهما من عقود التجارة فكان من جنس ما يتناوله عقد الشركة إلا أنا استثنيناه للضرورة، إذ كل واحد منهما حين شارك صاحبه كان عالماً بحاجته، ولم يقصد أن تكون نفقته ونفقة عياله على شريكه، وإنه لا يتمكن من تحصيله إلا بالشراء فكان مستثنى بهذا المعنى لهذا القدر من تصرفه من مقتضى العقد دلالة أو عادة وهو كالمنطوق، وكذا الاستئجار للسكنى أو للركوب لحاجته كالحج وغيره، وكذا الأدام والجارية التي يطؤها لما ذكرنا.

ما لم يقبض الدين ذكره في الإيضاح والذخيره اهـ معراج الدراية وسيأتي في كلام الشارح. **قوله: (كما يقدر الكافر عليه)** وفي الإيضاح وأما المسلم مع المرتد فلا تجوز الشركة بينهما في قولهم هكذا ذكره أبو الحسن، وذكرا في الأصل قياس قول أبي يوسف أنه يجوز اهـ كاكي. **قوله: (ونظيره أنها تجوز بين الشافعي والحنفي مع تفاوتهما في بيع متروك التسمية وشرائه)** أي لأنه يعتقده حلالاً بخلاف الحنفي، وكذلك النصراني مع المجوسي اهـ إتقاني. **قوله: (وتجوز بين الكافرين)** أي وإن كان أحدهما كتابياً و الآخر مجوسياً اهـ هداية. **قوله: (ولا تجوز بين العبدين)** أي ولا بين المكاتبين اهـ هداية. **قوله: (ولا بين الصغيرين)** أي وإن أذن أبوهما لأنهما ليسا من أهل الكفالة ذكره في المبسوط اهـ كاكي. **قوله: (كانا**

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من المطبوع.

قال رحمه الله: (وكل دين لزم أحدهما بتجارة وغصب وكفالة لزم الآخر) لأنه كفيله، والمراد بالكفالة إذا كانت بأمر المكفول عنه، وهذا عند أبي حنيفة **وعندهما لا يلزمه لأنه تبرع**، ولهذا لا يصح من الصبي والعبد المأذون والمكاتب **ويعتبر من الثلث في المرض، وله أنها معاوضة انتهاء** بخلاف ما إذا كانت بغير أمر أو الكفالة بالنفس وفي الغصب خلاف أبي يوسف ويلحق به المستهلك من الوديعة وغيره، هو يقول: إنه ليس بتجارة فصار كأرش الجناية وهما يقولان: إنه معاوضة ولهذا يصح الإقرار به من المأذون والمكاتب وهذا لأن شرط لزومه غير العاقد أن يكون بدلاً عن شيء يصح فيه الاشتراك، وإن لم يقع مشتركاً حتى يجب بدل النفقة على غير العاقد، لأن النفقة يصح فيها الاشتراك فكذا بدل الغصب لأنه معاوضة عندنا على ما مر في العتاق، وكذا إذا استأجر أحدهما يلزم الأجر صاحبه لما ذكرنا، ولأن المساواة به تتحقق، ولا يلزمه أرش الجناية والمهر والخلع والصلح عن دم العمد ونفقة الزوجات والأقارب، لأن هذه الديون بدل عما لا يصح الاشتراك فيه فلا يلزم إلا المباشر، لأن كل واحد منهما لم يلتزم عن صاحبه بالعقد إلا ديون التجارة، وهذه الأشياء ليست من باب التجارة فلم تدخل تحت العقد، ثم إن أدّى العاقد ثمن الطعام ونحوه من مال مشترك بينهما **رجع عليه الآخر بحصته**، وإن أدّى غير العاقد من ماله خاصة رجع عليه بالكل، وإن أدّى من مال مشترك بينهما رجع بحسابه، لأنه قضى دينه بمال صاحبه أو قضى عنه صاحبه بأمره.

عناناً) أي لأنه أتى بمعنى العنان لفظ المفاوضة اهـ إتقاني. **قوله: (وعندهما لا يلزمه لأنه تبرع إلخ)** أي لأنه دين لزم أحدهما لا على وجه التجارة فلا يلزم الآخر كالأرش والمهر، وهذا لأن الكفالة اهـ إتقاني. **قوله: (ويعتبر من الثلث في المرض)** أي وتبرع أحدهما على صاحبه لا يجوز، ألا ترى أنه لو أعتق أحدهما عبداً من شركتهما أو وهب أو تصدق إنما يجوز ذلك في حصته خاصة لا في حصة شريكه اهـ إتقاني. **قوله: (وله أنها معاوضة انتهاء)** وبيان كونها معاوضة أنه يجبر على الأداء، وإذا أدّى عن المكفول عنه رجع عليه إذا كانت الكفالة بأمره، فلما كانت معاوضة في حال البقاء كانت في معنى ضمان التجارة لأن لزوم الكفالة على صاحبه يلاقي حالة البقاء فلزمت صاحبه ولأجل أنها معاوضة في حال البقاء صح إقرار المريض مرض الموت فيه بالكفالة بالمال من جميع المال بخلاف إنشائها فيه حيث يعتبر من الثلث فصارت الكفالة من أحد المتفاوضين كدين القرض والغصب وليست هي كالكفالة بالنفس لأنها تبرع ابتداء وبقاء اهـ إتقاني. **قوله: (رجع عليه الآخر بحصته)** قال في الينابيع: ولو اشترى أحدهما طعاماً لأهله أو كسوة لهم فهو له خاصة، فإن نقد الثمن من مال الشركة ضمن نصفه لصاحبه، فإذا وصل إلى يده بطلت المفاوضة لأنه

قال رحمه الله: (**وتبطل إن وهب لأحدهما أو ورث** ما تصح فيه الشركة) أي بطلت المفاوضة إذا ورث أحدهما، أو وهب له ما تصح فيه الشركة **ووصل إلى يده** وهو النقدان لفوات المساواة فيما يصلح رأس المال، إذ المساواة فيها شرط ابتداء وبقاء وقد فات إذ لا يشاركه الآخر فيه لانعدام السبب في حقه وتنقلب عناناً للإمكان، إذ لا يشترط فيه المساواة.

قال رحمه الله: (لا العرض) **أي لو ملك أحدهما عرضاً لا تبطل المفاوضة** به، لأن التفاوت فيه لا يقع ابتداء فكذا بقاء، وهذا لأن المفاوضة لا تبطل بتفاوتهما في المال إلا في مال يصح عقد الشركة فيه ابتداءً كالدراهم والدنانير والفلوس النافقة وما لا فلا، ولو ورث أحدهما ديناً وهو دراهم أو دنانير لا تبطل حتى يقبض، لأن الدين لا تصح الشركة فيه، فإذا قبض بطلت المفاوضة لأنه صار بحال يمنع ابتداء المفاوضة فيمنع البقاء، لأن لبقاء ما ليس بلازم من العقود حكم الابتداء والمفاوضة منها.

قال رحمه الله: (**ولا تصح مفاوضة وعنان بغير النقدين** والتبر والفلوس النافقة) وقال مالك: يجوز في العروض إذا اتحد الجنس لاشتراكهما في رأس مال معلوم كالنقود **بخلاف المضاربة**، لأنها جوّزت مع المنافي وهو ربح/ **ما لم يضمن فاقتصر على مورد** [١١٣ب/٢]

فضل ما لشريكه، والفضل في المال يبطل المفاوضة اهـ **قوله في المتن: (وتبطل إن وهب لأحدهما أو ورث)** قال في شرح الطحاوي: ولو استفاد أحدهما مالاً بالميراث أو بالهبة أو بالوصية أو بالصدقة، فإنه ينظر إن كان ذلك المال مما لا يقع عليه عقد الشركة لا تبطل المفاوضة، وإن كان مما يقع عليه عقد الشركة لم تبطل أيضاً حتى يصل إلى يده، فإذا وصل إلى يده بطلت المفاوضة وصارت عناناً في جميع التجارات اهـ إتقاني. **قوله: (ووصل إلى يده)** أغفله المصنف وهو قيد لا بد منه اهـ **قوله: (لو ملك أحدهما عرضاً لا تبطل المفاوضة)** قال في الهداية: وإن ورث أحدهما عرضاً فهو له، ولا تفسد المفاوضة وكذا العقار اهـ أي العقار حكمه في الإرث حكم العرض لا تفسد به المفاوضة ذكر هذا تفريعاً لمسألة القدوري، قال الولوالجي في فتاواه: وإن ورث عرضاً أو ديوناً لم تبطل ما لم يقبض الديون، لأنه لا يصلح رأس المال في الابتداء فلا يبطل العقد حالة البقاء، وقال في العيون: قال ابن أبي ليلى: إذا ورث أحدهما مالاً فهو بينهما وقال أصحابنا: هو للذي ورثه اهـ إتقاني رحمه الله. **قوله في المتن: (ولا تصح مفاوضة وعنان بغير النقدين)** قال في شرح الطحاوي: وعند ابن أبي ليلى تجوز الشركة بالعروض، وقال الولوالجي في فتاواه: شرط جواز شركة العنان أن يكون رأس مال كل واحد منهما دراهم أو دنانير حاضراً في المجلس، أو غائباً عن المجلس والمال وقت العقد ليس بشرط الشركة بل الشرط وقت الشراء حتى لو دفع ألف درهم إلى رجل، وقال: أخرج مثلها واشتر وبع فما ربحت فهو بيننا ففعل

الشرع، ولنا أنه يؤدّي إلى ربح ما لم يضمن، لأنه إذا باع كل واحد منهما رأس ماله وتفاضل الثمنان فما يستحقه أحدهما من الزيادة في مال صاحبه ربح ما لم يضمن، وما لم يملك بخلاف النقدين لأن ما يشتريه أحدهما يدخل في ملكهما وثمنه في ذمته يرجع به على صاحبه بحسابه، إذ لا يتعين فكان ربح ما يضمن، ولأن أوّل التصرف في العروض البيع، وفي النقود الشراء **وبيع الإنسان ماله على أن يكون الثمن مشتركاً بينه وبين غيره** لا يجوز بخلاف الشراء، ولأنه يلزم أن يكون وكيلاً في بيع المال على أن يكون له بعض ربحه والوكيل بالبيع أمين، فإذا شرط له جزء من الربح كان ربح ما لم يضمن والفلوس **إذا كانت تروج فهي أثمان** فأخذت حكم النقدين وقيل: هذا عند محمد لأنها ملحقة بالنقود عنده وعندهما لا تصح الشركة فيها ولا المضاربة، لأن رواجها عارض باصطلاح الناس فكان على شرف الزوال فتصير عرضاً فلا يصلح رأس مال في الشركة والمضاربة، لأنه لا يمكن دفع رأس المال بالعدد بعد الكساد ولا بالقيمة، لأنه لا يعرف إلا بالحرز فيؤدّي إلى النزاع، وقيل: أبو يوسف مع محمد، والأقيس أن يكون مع أبي حنيفة لما عرف من أصلهما أن الفلوس تتعين بالقصد عندهما، وإن كانت تروج بين الناس حتى جاز بيع فلس بفلسين بأعيانهما عندهما خلافاً له، والأصح أنها تجوز في الفلوس عندهما لأنها أثمان باصطلاح الكل فلا تبطل ما لم يصطلح على ضده، وأما التبر وهو ما كان غير مضروب من الذهب والفضة فجعله في شركة الأصل والجامع الصغير بمنزلة العروض، فلم يصلح رأس مال الشركة

صحت الشركة لقيام الشركة عند المقصود اهـ إتقاني. **قوله: (بخلاف المضاربة)** أي فإنها لم تجز بالعروض ونحوها اهـ إتقاني. **قوله: (وهو ربح ما لم يضمن)** أي لأن المال ليس بمضمون على المضارب، بل هو أمانة في يده اهـ إتقاني. **قوله: (فاقتصر على مورد الشرع)** أي وهو الدراهم والدنانير اهـ إتقاني. **قوله: (ولنا أنه يؤدّي إلى ربح ما لم يضمن)** أي وأنه لا يجوز لنهي النبي ﷺ عن ذلك اهـ إتقاني وكتب على قوله: ولنا أنه يؤدّي إلى ربح ما لم يضمن ما نصه: قال الإتقاني: وهذا لأنها لو جازت في العروض، فباع أحدهما عرضه بإضعاف قيمته والآخر بمثل قيمته فاشتركا في الربح يأخذ الذي باع عرضه بمثل قيمته من ربح مال صاحبه فيكون ذلك ربح ما لم يملك، وما لم يضمن بخلاف ما يشتري كل واحد منهما برأس المال لا يتعلق برأس المال بعينه، وإنما يتعلق بمثله ديناً في الذمة فيتحقق شرط طيب الربح وهو وجوب المال في الذمة اهـ **قوله: (وبيع الإنسان ماله على أن يكون الثمن مشتركاً بينه وبين غيره إلخ)** قال الإتقاني: فإنه لو قال لرجل: بع عرضك على أن ثمنه بيننا لم يصح، ولو قال لرجل: اشتر بألف من مالك على أن ما اشتريته بيننا، أو اشتر بألف من مالي على أن ما اشترى بيننا جاز ذلك فلهذا افترقا اهـ **قوله: (والفلوس إذا كانت تروج فهي أثمان)** أي من حيث أنها لا تتعين في العقود، ولهذا لو اشترى شيئاً بفلوس معينة له أن يمسكها

والمضاربة وجعله في صرف الأصل كالأثمان، لأن الذهب والفضة ثمن بأصل الخلقة والأول هو ظاهر المذهب، ووجهه أن الثمنية تختص بضرب مخصوص، لأنه بعد الضرب لا يصرف إلى شيء آخر غالباً، والمعتبر هو العرف فكل موضع جرى التعامل به فهو ثمن، وإلا فحكمه كحكم العروض في حكم التعيين وعدم جواز الشركة والمضاربة به، وأما المكيل والموزون والعددي المتفاوت فلا تصح الشركة فيها قبل الخلط، وإن خلطاه بجنسه فهو كذلك عند أبي يوسف ويكون المخلوط بينهما شركة ملك، وهو ظاهر الرواية وعن محمد أنه شركة عقد وثمرة الخلاف تظهر في استحقاق المشروط من الربح، فعند محمد يستحق وعند أبي يوسف يكون بينهما على قدر ماليهما، ويبطل شرط التفاوت وجه قول محمد: أن المكيل والموزون ثمن من وجه حتى يصح الشراء به ديناً في الذمة عرض من وجه حتى يتعين بالتعيين، فبالنظر إلى أنه عرض لم تصح الشركة فيه قبل الخلط، وبالنظر إلى أنه ثمن يجوز بعده رعاية للشبهين وتوفيراً لحظهما عليهما بخلاف العروض، وجه ظاهر الرواية أن ما يصلح رأس المال في الشركة لا يختلف الحكم فيه بين الخلط وعدمه، لأن المعنى المانع موجود في الحالين، وهو تعينه بالتعيين فصار كما إذا خلطاه بخلاف جنسه، وفرق محمد بينهما فإنه إذا خلط الجنس بجنسه يكون من ذوات الأمثال حتى يضمن متلفه مثله، وإن خلطه بخلاف جنسه يكون من ذوات القيم حتى يضمن متلفه قيمته، وأبو يوسف يقول: لا تأثير لكونه من ذوات الأمثال كما قبل الخلط.

قال رحمه الله: (ولو باع كل نصف عرضه بنصف عرض الآخر وعقد الشركة صح) أي لو باع كل واحد منهما نصف ماله من العروض بنصف مال الآخر وعقدا عقد الشركة بعد البيع جازت الشركة وصارت شركة عقد، وهذا/ لأنه بالبيع صار [١١٤/أ/٢] شركة ملك حتى لا يجوز لكل واحد منهما أن يتصرف في نصيب الآخر، ثم بالعقد بعد ذلك صار شركة عقد فيجوز لكل واحد منهما أن يتصرف في نصيب صاحبه، وهذه حيلة لمن أراد الشركة في العروض، لأنه بذلك يصير نصف مال كل واحد منهما مضموناً على صاحبه بالثمن، فيكون الربح الحاصل من المالين ربح ما يضمن فيجوز بخلاف ما إذا لم يبيعا على ما بينا، وحمل بعضهم ما ذكر هنا من بيع نصف ما لكل واحد منهما على ما إذا كانت قيمتهما على السواء، وأما إذا كانت قيمتهما متفاوتة فيبيع صاحب الأقل بقدر ما تثبت به الشركة، كما إذا كانت قيمة عرض أحدهما أربعمائة وقيمة عرض الآخر مائة ببيع صاحب الأقل أربعة أخماس عرضه بخمس عرض الآخر فيصير المال كله بينهما أخماساً وهذا الحمل غير محتاج إليه، لأنه يجوز أن يبيع كل واحد منهما نصف ماله بنصف مال الآخر، وإن تفاوتت

قيمتهما حتى يصير المال بينهما نصفين، وكذا العكس جائز وهو ما إذا كانت قيمتهما متساوية فباعاه على التفاوت، بأن باع أحدهما ربع ماله بثلاثة أرباع مال الآخر حتى يكون المال كله بينهما أرباعاً، فيعلم بذلك أن قوله باع نصف ماله بنصف مال الآخر وقع اتفاقاً أو قصداً ليكون شاملاً للمفاوضة والعنان، لأن المفاوضة شرطها التساوي بخلاف العنان وقوله: بنصف عرض الآخر وقع اتفاقاً، لأنه لو باعه بالدراهم ثم عقد الشركة في العرض الذي باعه جاز أيضاً.

قال رحمه اللّه: (**وعنان** إن تضمنت وكالة فقط) أي هي عنان إن تضمنت الوكالة وحدها، ولم تتضمن الكفالة وهو أن يشترك الرجلان في نوع بز أو طعام أو في عموم التجارة، ولم يذكر الكفالة والعنان مأخوذ من قولهم عنّ له كذا أي عرض له قال امرؤ القيس:

فعنّ لنا سرب كأن نعاجه عذارى دوار في ملاء مذيل[1]

أي عرض أو من قولهم عنَّ له بمعنى ظهر له فكأنه ظهر له أن يشاركه في البعض من ماله، لأن العنان لا يثبت على العموم من كل وجه أو من عنان الدابة على معنى أن راكب الدابة يمسك العنان بإحدى يديه ويعمل بالأخرى، فكذا كل واحدمن الشريكين يجعل عنان التصرف في بعض المال إلى صاحبه ومالك والشافعي رضي اللّه عنهما لم يجيزا هذا الاسم على هذه الشركة، وقالا: هذه كلمة تطرّق بها أهل الكوفة ليمكنهم التمييز بين الشركة العامة والخاصة من غير أن يكون مستعملاً في كلام العرب، وهذا خطأ فإنه مستعمل في كلام العرب قال النابغة:

وشاركنا قريشاً في تقاها وفي أحسابها شرك العنان[1]

وإنما تضمنت الوكالة ليحصل مقصوده وهو الشركة فيما يشتريه كل واحد منهما، ولا حاجة إلى تضمنه الكفالة، لأن اللفظ لا ينبئ عن المساواة **بخلاف المفاوضة**.

قال رحمه اللّه: (**وتصح مع التساوي في المال دون الربح** وعكسه) وهو أن

ويدفع غيرها اهـ مشكلات خواهر زاده. **قوله في المتن: (وعنان)** بالرفع عطف على قوله: سابقاً وهي مفاوضة إن تضمنت وكالة وكفالة، وكتب على قوله عنان ما نصه: سمي به، لأنه شيء عرض له في هذا القدر لا على العموم على الوكالة والكفالة اهـ إتقاني. **قوله: (بخلاف المفاوضة)** قال في الهداية: ولا تنعقد على الكفالة لأن اللفظ مشتق من الاعتراض، يقال: عن له أي اعترض له وهذا لا ينبئ عن الكفالة وحكم التصرف لا يثبت بخلاف مقتضى اللفظ اهـ **قوله في المتن: (وتصح مع التساوي في المال دون الربح)** قال في الهداية: ويصح أن

---

(١) هو من البحر الطويل. انظر لسان العرب مادة /دور/.

يتساويا في الربح دون المال، ومعناه أن يشترطا الأكثر للعامل منهما أو لأكثرهما عملاً، **وإن شرطاه للقاعد أو لأقلهما عملاً** فلا يجوز، وقال زفر رحمه الله: يستحقان الربح على قدر مالهما، ولا يجوز أن يشترطا خلاف ذلك، **لأنه يؤدّي إلى ربح ما لم يضمن**، لأن الضمان بقدر رأس المال، ولهذا لا يجوز اشتراط الوضيعة على خلاف رأس المال فكذا الربح، **ولنا قوله عليه الصلاة والسلام**: «**الربح على ما شرطا** والوضيعة على قدر المالين»[1] ولأن الربح يستحق بأحد ثلاثة أمور بالمال والعمل والضمان، وقد وجد العمل هنا/ فوجب أن يستحق المشروط به كالمضارب، فإنه يستحقه [١١٤ب/٢] بالعمل والأستاذ الذي يتقبل الأعمال بالضمان وغيرهما بالمال، ولأن الحاجة مست إلى اشتراط التفاضل، لأن أحدهما قد يكون أهدى وأحذق في التجارة، ولا يرضى بالمساواة فوجب القول بجوازه كيلا تتعطل مصالحهم بخلاف اشتراط جميع الربح، لأنه يخرج به عن الشركة **والمضاربة إلى القرض أو البضاعة**، وبخلاف الوضيعة لأنه أمين فلا يجوز اشتراط الضمان عليه، لأن الأمانة تنافيه كالوديعة وغيره، ولا ينافي استحقاق الزيادة من الربح بعمله بشرط أن يكون عمله مثل عمل شريكه أو أكثر لما ذكرنا، **ولأنه يشبه المضاربة** من حيث أنه يعمل بمال غيره، **ويشبه الشركة** من حيث الاسم ووجود العمل والمال منهما فقلنا: جاز اشتراط الزيادة اعتباراً بالمضاربة، ولا تبطل باشتراط العمل عليهما اعتباراً بالشركة يحققه أن كلاً منهما يعمل في مال صاحبه، وفي مال نفسه وعمله في مال صاحبه بأجرة فيستحق المسمى فيه كالمضاربة.

يتساويا في المال ويتفاضلا في الربح. قال الكمال: وعكسه بأن يتساويا في الربح ويتفاضلا في المال اهـ **قوله**: (**وإن شرطاه للقاعد أو لأقلهما عملاً**) أي إذا شرطا العمل على أحدهما على أن يكون له زيادة ربح على رأس ماله جاز لأن العمل مما يستحق به أصل الربح كما في المضاربة وإن اشترطا أن يكون له مثل ربح ماله جاز أيضاً، ويكون مال صاحبه في يده كالبضاعة لأنه تبرع بعمله وإن شرطا الفضل لمن لا يعمل لا يجوز وله مثل ربحه خاصة اهـ شرح تكملة. **قوله**: (**لأنه يؤدي إلى ربح ما لم يضمن**) أي فإن المال إذا كان نصفين والربح أثلاثاً فصاحب الزيادة يستحقها بلا ضمان اهـ هداية. **قوله**: (**ولنا قوله عليه الصلاة والسلام الربح على ما شرطا إلخ**) قال الكمال: ولنا ما ذكره المشايخ من قوله عليه الصلاة والسلام: «الربح على ما شرطا والوضيعة على قدر المالين»، ولم يعرف الحديث وبعض المشايخ ينسبه إلى علي اهـ **قوله**: (**والمضاربة إلى القرض**) أي باشتراطه للعامل اهـ **قوله**: (**أو البضاعة**) أي باشتراطه لرب المال اهـ **قوله**: (**ولأنه يشبه المضاربة**) أي عقد شركة العنان اهـ **قوله**:

---

(١) ذكره الزيلعي في نصب الراية (٣/ ٤٧٥).

قال رحمه الله: (وببعض المال) أي يجوز ببعض المال دون بعض، لأن الحاجة ماسة إليه، والمساواة ليست شرطاً فيه فوجب القول بجوازه.

قال رحمه الله: (وبخلاف الجنس) أي تجوز بخلاف الجنس أيضاً بأن كان من جهة أحدهما دراهم، ومن جهة الآخر دنانير، **وقال زفر والشافعي: لا يجوز** لأن الربح فرع المال، ولا تتصور الشركة فيه إلا بعد وقوع الشركة في الأصل، ولا يتصوّر ذلك بلا خلط، والجنسان لا يختلطان فيكون نصيب كل واحد منهما ممتازاً عن نصيب الآخر، ولا اشتراك مع الامتياز ولفظ الشركة يدل على الاختلاط على ما بينا ولنا أن الشركة عقد توكيل من الطرفين ليشتري كل واحد منهما بثمن في ذمته على أن يكون المشترى بينهما، وهذا لايفتقر إلى الخلط والربح يستحق بالعقد كما يستحق بالمال، ولهذا يسمى العقد شركة، وهذه الشركة مستندة إلى العقد حتى جاز شركة الوجوه والتقبل لا إلى المال، لأن تلك لا اختصاص لها بالعقد، فإذا كانت مستندة إلى العقد لم يشترط فيها الخلط والمساواة والاتحاد وقيل: هذه المسألة مبنية على أن الدراهم والدنانير يتعينان عندهم كالعروض وعندنا لا.

قال رحمه الله: (وعدم خلط) أي تجوز هذه الشركة مع عدم الخلط بين المالين على ما بينا آنفاً والخلاف فيه.

قال رحمه الله: (وطولب المشتري بالثمن فقط) أي طولب المشتري وحده بالثمن هنا، ولا يطالب الآخر فيما اشتراه للشركة، **لأن العنان تقتضي الوكالة** دون الكفالة، والمباشر هو الأصل في الحقوق فيرجع به عليه بخلاف المفاوضة.

قال رحمه الله: (**ورجع على شريكه** بحصته منه) أي من الثمن، **لأنه وكيل له**

(ويشبه الشركة) أي شركة المفاوضة اهـ **قوله: (وقال زفر والشافعي: لا يجوز)** لهما أن الدراهم والدنانير مالان لا يختلطان فلا تنعقد بهما الشركة قياساً على الدراهم مع العروض ولنا أنهما مالان من جنس الأثمان فتنعقد بهما الشركة، كما إذا كانا من جنس واحد على وضيعة واحدة بخلاف الدراهم مع العروض لأن أحد البدلين ليس من جنس الأثمان ولأن أول هذا العقد توكيل في التصرف وآخره اشتراك في الربح فلم يشترط الاتحاد في المال ولا الخلط كما في المضاربة، فلو قال زفر: إن الشركة في الجنسين تؤدي إلى جهالة الربح لأن رأس المال عند القسمة يستوفي بالقيمة وهي مجهولة فلا تصح الشركة كالعروض، قلنا: لا تسلم الجهالة لأن كل واحد منهما يمكنه أن يستوفي رأس ماله بعينه من غير قيمة بخلاف العروض فظهر الفرق اهـ إتقاني. **قوله: (لأن العنان تقتضي الوكالة)** أي فلما كان انعقادها على الوكالة كان المشتري واقعاً لنفسه في البعض بطريق الأصالة، ولشريكه في البعض الآخر بطريق الوكالة، والعاقد في الشراء هوالمطالب بالحقوق فلهذا توجه المطالبة إليه دون

وأدى الثمن من ماله فيرجع عليه بحسابه، وإن نقد من مال مشترك لم يرجع عليه، وإن اختلفا بأن ادعى أنه اشترى هذا للشركة وهلك فعليه البينة، لأنه يدعي عليه حق الرجوع وهو منكر فالقول قوله.

قال رحمه اللّه: (**وتبطل بهلاك المالين** أو أحدهما قبل الشراء) لأن الشركة عقد جائز وليس بلازم، فيكون لبقائه حكم الابتداء ولأن النقود تتعين فيها كما في الهبة والوصية فكانت معقوداً عليها، فتبطل بالهلاك كما في هلاك المبيع قبل القبض فإذا هلك هلك من مال صاحبه، لأنه باق على ملكه بعد العقد فلا يجب عليه ضمان ماله إن هلك في يده، وإن هلك في يد صاحبه فهو / أمين فلا يضمن وإن هلك بعضه بعد [١١٥/١/٢] الخلط بقي الباقي على الشركة، وإن هلك كله تبطل الشركة لما ذكرنا أن النقود تتعين فيها بخلاف المضاربة **والوكالة المفردة**، حيث لا يبطلان بهلاك النقود التي ورد عليها العقد قبل القبض، وإن هلكت بعد القبض قبل الشراء تبطل المضاربة والوكالة، لأنها تتعين بالقبض لا بالعقد.

قال رحمه اللّه: (وإن اشترى أحدهما بماله **وهلك مال الآخر** فالمشترى بينهما) يعني على ما شرطا، لأن الشركة كانت قائمة وقت الشراء فوقع الملك مشتركاً، بينهما فلا يتعين بهلاك مال الآخر ثم الشركة شركة ملك عند الحسن بن زياد فلا يجوز لكل واحد منهما أن يتصرف إلا في نصيبه **لأن شركة العقد بطلت بهلاك أحد**

شريكه اهـ إتقاني. **قوله في المتن**: ﴿**ورجع على شريكه**﴾ أي المشتري اهـ قال الإتقاني: ثم إذا كان لا يعرف أداء الثمن من مال نفسه لا من مال الشركة إلا بقوله فعليه إقامة البينة على ذلك، وإن عجز عن ذلك فالقول لصاحبه مع يمينه اهـ **قوله**: ﴿**لأنه وكيل له وأدى الثمن من ماله**﴾ أي والوكيل إذا أدّى الثمن من مال نفسه يرجع على مال الموكل فكذا هنا اهـ إتقاني. **قوله في المتن**: ﴿**وتبطل بهلاك المالين إلخ**﴾ قال الإتقاني: ثم بطلان الشركة عند هلاك المالين ظاهر وكذا إذا هلك أحد المالين قبل وجود التصرف لأن الشركة لما بطلت في الهالك بطلت فيما يقابله، لأن صاحبه لم يرض بمشاركته في ماله إلا بشرط أن يشركه هو في ماله أيضاً، وقد عدم هذا الشرط بهلاك أحد المالين فبطلت الشركة في المالين جميعاً، ثم الهالك يعتبرها هالكاً من مال صاحبه حتى لا يرجع بنصف الهالك على الشريك الآخر، لأنه لم يهلك على الشركة حيث بطلت الشركة بهلاك المال، وهذا ظاهر إذا هلك في يد صاحبه، وكذا إذا هلك في يد الآخر لأن المال في يده أمانة ولا ضمان على الأمين، بخلاف ما لو هلك بعد الخلط لأنه يهلك على الشركة لعدم التمييز اهـ إتقاني. **قوله**: ﴿**والوكالة المفردة**﴾ احتراز عن الوكالة الثابتة في ضمن عقد الشركة وفي ضمن عقد الرهن، فإن النقود تتعين فيهما اهـ إتقاني. **قوله في المتن**: ﴿**وهلك مال الآخر**﴾ أي قبل الشراء اهـ هداية. **قوله**:

المالين، وعند محمد شركة عقد حتى يجوز لكل واحد منهما التصرف فيه، لأنه حين وقع وقع مشتركاً بينهما شركة عقد فلا تبطل بالهلاك بعد تقرره، كما لو اشتريا بمالهما ثم هلك المالان قبل النقد.

قال رحمه الله: (ورجع على شريكه بحصته منه) أي من الثمن لأنه وكيل في حصة شريكه، وقد قضى الثمن من ماله فيرجع عليه بحسابه لعدم الرضا بدون ضمانه، هذا إذا هلك أحد المالين بعد شراء أحدهما، فلو هلك قبل الشراء ثم اشترى الآخر بماله ي**نظر**، **فإن كانا صرحا بالوكالة في عقد الشركة**، فالمشترى مشترك بينهما على ما شرطا، لأن عقد الشركة إن بطل بالهلاك فالوكالة المصرح بها باقية **فكان المشترى مشتركاً بينهما بحكم الوكالة** المفردة، ويرجع عليه بحصته من الثمن لما ذكرنا، وإن ذكرا مجرد الشركة **ولم يذكرا في عقد الشركة الوكالة** فالمشترى يكون للمشتري خاصة، لأن دخوله في ملكه بحكم الوكالة التي هي في ضمن الشركة، وقد بطلت الشركة فيبطل ما في ضمنها بخلاف ما إذا صرحا بها، لأنها صارت مقصودة، وأطلق في بعض النسخ أنه يكون مشتركاً بينهما، وفي بعضها أطلق أنه لا يكون مشتركاً فالأوّل محمول على ما إذا نصا على الوكالة، والثاني على ما إذا لم ينصا عليها.

قال رحمه الله: (وتفسد إن شرط لأحدهما دراهم مسماة من الربح) لأنه شرط يوجب انقطاع الشركة في بعض الوجوه، **فلعله لا يخرج إلا القدر المسمى لأحدهما من الربح**، ونظيره المزارعة عند من يجيزها.

(**لأن شركة العقد بطلت بهلاك أحد المالين**) أي وإنما بقي ما هو حكم الشراء وهو الملك اهـ **قوله**: (**ينظر فإن كانا صرحا بالوكالة في عقد الشركة**) أي مثل أن يشتركا على أن ما يشتريه كل واحد منهما فهو بينهما، والربح بينهما نصفين أو أثلاثاً اهـ إتقاني. **قوله**: (**فكان المشتري مشتركاً بينهما بحكم الوكالة**) أي ويكون شركة ملك اهـ هداية. قوله: ويكون شركة ملك أي لا يجوز لأحدهما أن يتصرف في نصيب الآخر إلا بإذنه، لأن الملك حصل بالوكالة والوكيل لا يتصرف في المشتري بدون إذن الموكل فكذا هذا اهـ **قوله**: (**ولم يذكرا في عقد الشركة الوكالة**) أي مثل أن يشتركا على أن يشتريا ويبيعا فما كان من ربح فهو بينهما نصفين أو أثلاثاً اهـ إتقاني. **قوله**: (**فلعله لا يخرج إلا القدر المسمى لأحدهما من الربح**) أي وهو خلاف مقتضى الشركة، لأن مقتضاها الاشتراك في الربح لا اختصاص واحد منهما، ونقل في **الفتاوى الصغرى**[1] عن شيخ الإسلام خواهر زاده أنه ذكر في أوّل المضاربة الشركات لا **تبطل بالشروط** الفاسدة، وإذا شرط في المضاربة ربح عشرة أو في الشركة

---

(١) **هي للإمام** عمر بن عبد العزيز المعروف بحسام الدين الشهيد المقتول سنة (٥٣٦هـ). انظر كشف الظنون (٢/ ١٢٢٤).

قال رحمه اللّه: (ولكل من شريكي العنان والمفاوضة أن يبضع) لأنه معتاد بين التجار، ولأن له أن يستأجر من يتجر فيه فبغير الأجر أولى، لأنه دونه لعدم المؤنة فيه.

قال رحمه اللّه: (ويستأجر) أي ليتجر فيه أو ليحفظ المال، لأنه معتاد بين التجار، ولأنه قد يتعذر عليه مباشرة الكل بنفسه فلا يجد له بدّاً منه.

قال رحمه اللّه: **(ويودع)** لأنه إقامة الحافظ في المال، فإذا كان له أن يستحفظ بأجر فبغير أجر أولى.

قال رحمه اللّه: (ويضارب) لأنه بالدفع إلى المضارب يصير المضارب مودعاً وبالتصرف وكيلاً وبالربح أجيراً والشركة فيه ضرورية تثبت ضرورة استحقاق الأجر من الربح مشاعاً، فله أن يفعل هذه الأشياء كلها على الانفراد، فكذا على الاجتماع ولأنه استئجار ببعض الخارج من العمل، فإذا كان له أن يستأجر بشيء في الذمة فلأن يجوز هذا أولى، **وعنّ أبي حنيفة أنه ليس له ذلك لأنه نوع شركة** والأوّل أصح وهو رواية الأصل، لأن الشركة فيه غير مقصودة، وإنما المقصودة تحصيل الربح فصار كما لو استأجر ليتجر فيه بل أولى على ما بينا بخلاف الشركة، لأن الشيء لا يتضمن مثله، والمضاربة دون الشركة فتتضمنها والدليل على أنها دونها أن المضارب ليس عليه شيء من الوضيعة، / وأنه إذا فسدت لا يستحق شيئاً من الربح، ولا يلزم على هذا [١١٥ب/٢]

تبطل لا لأنه شرط فاسد، بل لأنه شرط ينتفي به الشركة، وقال في الشامل في قسم المبسوط: اشترطا على أن تكون الوضيعة لا على قدر رأس المال بأن جاء أحدهما بألف والآخر بألفين على أن يكون الربح والوضيعة نصفين فهي فاسدة، يعني الشرط فاسد، لأن رأس المال أمانة في يد الشريك، والأمانة لا تضمن بالشرط كالوديعة والعقد جائز، لأن الشركة عقد جائز والشرط لا يلزم في عقد جائز، ولأن المقصود الربح والفساد ما تعدّى إليه فإن عملا على هذا الشرط فربحا فالربح على ما اشترطا لما عرف، والوضيعة على قدر رأس مالهما، لأن هلاك الأمانة يكون على صاحب المال إلى هنا لفظ الشامل اهـ إتقاني. **قوله في المتن: (ويودع)** أي مال الشركة لأن عادة التجار فيما بين المسلمين جرت كذلك، قال الحاكم الشهيد في الكافي: وليس له أن يعير في القياس، فإن فعل فأعار دابة فعطبت تحت المستعير فالقياس فيه أن المعير ضامن لنصف قيمة الدابة لشريكه، ولكني أستحسن أن لا أضمنه، وهذا قياس قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد وكذا لو أعار ثوباً أو داراً أو خادماً إلى هنا لفظ الحاكم رحمه اللّه اهـ إتقاني. **قوله: (وعن أبي حنيفة أنه ليس له ذلك لأنه نوع شركة)** أي وليس لشريك العنان أن يشاركه غيره، لأن الشركة الثانية مثل الأولى فلا تكون من أحكامها وأتباعها، فكذا لم يجز له أن يدفعه مضاربة إلا إذا نص على ذلك كما يجوز

المكاتب والمأذون له في التجارة، حيث يجوز للمكاتب أن يكاتب وللمأذون له أن يأذن، وإن كان مثلهما لأنا نقول: أطلق لهما الاكتساب وهذا من بابه، ألا ترى أنه يجوز لهما البيع وهذا دونه إذ لايخرج في الإذن من ملكه أصلاً، وفي الكتابة حتى يقبض الثمن وهو بدل الكتابة، ولأن المنع من استتباع المثل في حق الغير، وأما في حق نفسه فلا يمنع، والمكاتب أو المأذون له متصرف لنفسه بعد فك الحجر فلا يمنع من ذلك بخلاف الوكيل والمضارب والشريك.

قال رحمه اللّه: (ويوكل) **لأنه متعارف بينهم** وهو دون الشركة، ولأنه لما كان له أن يستأجر من يحفظ المال ومن يتجر فيه فأولى أن يوكل لأنه دون الاستئجار.

قال رحمه اللّه: (**ويده في المال** أمانة) لأنه قبضه بإذن صاحبه **لا على وجه المبادلة والوثيقة** فصار كالوديعة والعارية.

قال رحمه اللّه: (وتقبل إن اشترك خياطان أو خياط وصباغ على أن يتقبلا الأعمال ويكون الكسب بينهما) أي شركة العقد تقبل أي شركة تقبل على حذف المضاف **وتسمى شركة الصنائع** وشركة الأعمال، وهذه الشركة جائزة عندنا، وقال

أن يشارك غيره إذا نص عليها اهـ إتقاني رحمه اللّه. **قوله في المتن: (ويوكل لأنه متعارف بينهم)** قال الإتقاني: لأن الشركة منعقدة على عادة التجار، وفي عادتهم توكيل الشريك من يتصرف في مال الشركة، فجاز ذلك أو نقول: المقصود من عقد الشركة التجارة لتحصيل الربح، وكل واحد من الشريكين ربما لا يتهيأ له المباشرة بنفسه للتجارة، فلا بد من التوكيل فيثبت التوكيل في ضمن التجارة تبعاً لها بدلالة الحال، فصار كأن كل واحد منهما أمر صاحبه أن يوكل، وليس كذلك الوكيل بالشراء حيث لايملك التوكيل لأنه عقد خاص ثبت مقصود التحصيل شيء معلوم جنسه وصفته فلم يثبت في ضمنه تبعاً ما هو مثله، قال الكرخي رحمه اللّه في مختصره: قال محمد في كتاب الرهن: إذا رهن أحد شريكي العنان متاعاً من الشركة بدين عليهما لم يجز وكان ضامناً للرهن، ولو ارتهن بدين لهما أداناه وقبض لم يجز على شريكه من قبل أنه لم يسلطه أن يرتهن، فإن هلك الرهن في يده وقيمته والدين سواء ذهب بحصته، ويرجع شريكه بحصته على المطلوب، ويرجع المطلوب بنصف قيمة الرهن على المرتهن، وإن شاء شريكه المرتهن ضمن شريكه حصته من الدين، لأن هلاك الرهن في يده بمنزلة الاستيفاء اهـ **قوله في المتن: (يده في المال)** يعني أن كلاً من المفاوضين وشريكي العنان يده يد الأمانة، حتى إذا هلك المال في يده هلك بلا ضمان اهـ إتقاني. **قوله: (لا على وجه المبادلة)** احترز به عن المقبوض على سوم الشراء، فإنه مضمون بالقيمة لأن القابض على سوم الشراء قبضه على وجه البدل اهـ إتقاني. **قوله : (والوثيقة)** احترز به عن الرهن، فإنه مضمون بأقل من قيمته ومن الدين، لأن المرتهن قبضه

الشافعي: لا تجوز وهي إحدى الروايتين عن زفر، لأن الشركة في الربح تبتنى على الشركة في رأس المال على أصلهما، ولا مال لهما فكيف يتصوّر لهما التثمير بدون الأصل، ولنا أن المقصود تحصيل المال بالتوكيل وهذا مما يقبل التوكيل فيجوز، ألا ترى أنه لو وكله بتقبل الأعمال من غير أن يكون للعاقد فيه شركة يجوز، فكذا إذا كانت له فيه شركة كالشراء، وهذا لأن الشريك قد يستحق الربح بالعمل كما يستحقه بالمال كالمضارب ورب المال، وقد يستحقانه بالمال فقط على ما ذكرنا، **فكذا وجب أن يستحقاه بالعمل فقط** ويكون هذا عقد شركة لا إجارة، ولهذا لا يحتاج فيه إلى بيان المدة، بل يجوز مطلقاً كالمضاربة ولا يشترط فيه اتحاد جنس العمل وإليه أشار في الكتاب بقوله: أو خياط وصباغ، وكذا لا يشترط فيه اتحاد المكان خلافاً لزفر ومالك فيهما، لأن المعنى المجوز للشركة وهو إمكان التحصيل بالتوكيل لا يختلف باختلافهما.

قال رحمه الله: (وكل عمل يتقبله أحدهما يلزمهما) لأنه تقبله لنفسه بالأصالة ولشريكه بالوكالة فيجب عليهما، فيطالب كل واحد منهما بالعمل، ويطالبان

على وجه الوثيقة اهـ إتقاني. **قوله**: (**وتسمى شركة الصنائع**) قال الإتقاني رحمه الله: اعلم أولاً أن شركة الصنائع تسمى شركة التقبل وشركة الأعمال وشركة الأبدان، لأن العمل بالبدن يكون، ثم اعلم أنها قد تكون مفاوضة، وقد تكون عناناً على ما صرح به في شرح الطحاوي، وأما المفاوضة بينهما فهي أن يكونا جميعاً من أهل الكفالة، وأن يشترطا ما رزقهما الله تعالى بينهما نصفين، وأن يتلفظا بلفظ المفاوضة كما في الشركة بالأموال، وأما العنان فيجوز سواء كانا من أهل الكفالة، أو لم يكونا بعد أن كانا أهلاً للتوكيل، ثم اعلم أن شركة التقبل جائزة عندنا سواء اتفقت الصنعة أو اختلفت كقصارين أو خياطين يشتركان على تقبل الأعمال من الناس أو قصار وإسكاف وقال زفر: هي جائزة بشرط اتفاق الصنعة، وقال زفر في رواية: لا تصح أصلاً وبه أخذ الشافعي وجه عدم الجواز أن الربح فرع المال ولا مال هنا وقد مر ولنا أن المسلمين في سائر الأمصار يعقدون هذه الشركة، وقد روي عن رسول الله ﷺ: «ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن»[1] اهـ **قوله**: (**فكذا وجب أن يستحقاه بالعمل فقط**) قال الإتقاني: ثم لا يشترط اتحاد العمل والمكان عندنا، حتى إذا كان أحدهما قصاراً والآخر خياطاً وقعدا في دكانين جاز عندنا خلافاً لمالك وزفر، لأنه إذا كان العمل مختلفاً يعجز كل واحد منهما عن عمل صاحبه الذي يتقبله، لأنه ليس ذلك من صنعته، فلا يحصل المقصود من الشركة، ولنا أن المعنى المجوّز للشركة تحصيل الربح بالتوكيل، والتوكيل يصح ممن يحسن مباشرة العمل أو لا يحسنها، لأنه لا

---

(١) أخرجه أحمد في مسنده (٣٥٨٩).

بالأجر ويبرأان بعمل أحدهما ويبرأ المستعمل بدفع الأجرة إلى أحدهما، وهذا ظاهر في المفاوضة وفي العنان استحسان، والقياس أن لايلزم وأن لا يطالب غير المتقبل لأنه مقتضى الكفالة والكفالة تثبت بمقتضى المفاوضة، وجه الاستحسان أن العمل هنا كالثمن في الشركة في المال، فكما يرجع على شريكه هناك بالثمن فكذا يرجع عليه هنا بالعمل، ولا يمكن ذلك إلا قبل العمل لأنه لو أخر إلى ما بعده لسقط حقه في الرجوع إذ لا يمكن ضمان العمل بعد الفراغ منه بخلاف الثمن، فلهذا المعنى استوى في هذه الشركة حكم العنان والمفاوضة في الضمان، وهذا لأن الربح يستحق إما بالمال أو بالعمل ولا مال لهما فتعين العمل ولا وجه لضمان العمل إلا على هذا الوجه.

قال رحمه الله: (وكسب أحدهما بينهما) يعني إذا عمل أحدهما دون الآخر **كانت الأجرة بينهما على ما شرطا** أما استحقاق العامل فظاهر، وأما الآخر فلأنه لزمه العمل بالتقبل فيكون ضامناً له فيستحقه بالضمان وهو لزوم العمل، **ولو شرطا العمل نصفين** والمال أثلاثاً جاز، والقياس أن لا يجوز لأن / [١١٦ أ/٢] الخراج بالضمان فالزيادة على ما

يتعين على المتقبل إقامة العمل بيده، بل له أن يستعين بغيره أو يستأجره فإذن لا يكون كل واحد منهما عن إقامة العمل عاجزاً وكان العقد صحيحاً، قال في الشامل في قسم المبسوط: وإن غاب أحدهما أو مرض وعمل الآخر يكون الأجر بينهما، وذلك لأن عمله كعملهما اهـ **قوله: (كانت الأجرة بينهما على ما شرطا)** قال الإتقاني: ثم إذا عملا فكل واحد يستحق فائدة عمله وهوكسبه، وإذا عمل أحدهما كان العامل معيناً لشريكه فيما لزمه بالتقبل فوقع عمله له فكأن الشريك استعان بأجنبي حتى عمل وهذا جائز، لأن المشروط مطلق العمل لا عمل الصانع بنفسه، فإن القصار إذا استعان بغيره أو استأجر غيره حتى عمل استحق القصار الأجر اهـ **قوله: (ولو شرطا العمل نصفين)** قال الإتقاني رحمه الله: قالوا: جواز اشتراط التفاضل في الربح مع التساوي في العمل في شركة التقبل إنما يجوز إذا كانت عناناً، أما في المفاوضة فلا يجوز اهـ وكتب على قوله ولو شرطا العمل نصفين ما نصه: ولو شرطا الأكثر لأدناهما عملاً اختلف المشايخ فيه، كذا في الخلاصة قال في الغاية: الصحيح أنه يجوز حكاه العيني في شرح الكنز اهـ قوله: قال في الغاية إلخ، عبارة الإتقاني في الغاية قلت: الصحيح أنه يجوز أيضاً، لأن الربح بقدر ضمان العمل لا بحقيقة العمل، ألا ترى إلى ما نص الحاكم الشهيد في الكافي فإن غاب أحدهما أو مرض ولم يعمل وعمل الآخر فهو بينهما، وقال في شرح الطحاوي: ولو أن رجلاً أجلس على دكانه رجلاً يطرح عليه العمل بالنصف القياس أن لا تجوز هذه الشركة لأن من أحدهما العمل ومن أحدهما الحانوت، فتكون هذه شركة بالعروض وفي الاستحسان تجوز، لأن هذه شركة التقبل لأن

ضمن من العمل ربح ما لم يضمن فوجب أن لا يجوز كشركة الوجوه، وجه الاستحسان أن العمل لا يتقوّم إلا بالعقد أو شبه العقد، فللإنسان أن يقوّم عمله بما شاء، فإذا قوما عمل أحدهما بشيء وعمل الآخر بأنقص منه أو أزيد لا يمتنع كثمن العين، فيكون ما يأخذه من الأجرة بدل عمله ابتداء لا ربحاً، لأن الربح يكون عند اتحاد الجنس، وقد اختلف لأن العمل غير المال بخلاف شركة الوجوه، لأن ما يلزم كل واحد منهما من الثمن متقوّم، وكذا المشترى متقوّم فيستحقان من الربح بقدر ما ضمنا.

قال رحمه اللّه: (**ووجوه إن اشتركا** بلا مال على أن يشتريا بوجوههما ويبيعا) أي هذه شركة وجوه، يعني شركة العقد شركة وجوه وتفسيره ما نبينه سمي به لأنه لا يشتري بالنسيئة إلا من له وجاهة عند الناس، وقيل: لأنهما يشتريان من الوجه الذي لا يعرف وقيل: لأنهما إذا جلسا ليدبرا أمرهما ينظر كل واحد منهما إلى وجه صاحبه، ويكون هذا النوع من الشركة عناناً ومفاوضة كشركة التقبل، وإذا نصا على المفاوضة أو ذكرا جميع ما تقتضيه المفاوضة واجتمعت فيهما شرائطها **صارت مفاوضة فيهما**، وإلا فعنان، وقال الشافعي رحمه اللّه: لا يجوز هذا النوع من الشركة لأن خلط المال شرط عنده، ولا تجوز بغير مال وعندنا تجوز، لأن المقصود من الشركة التحصيل بالوكالة، وقد أمكن لأن الشراء والبيع مما يقبل الوكالة على ما بينا في شركة التقبل، ويكون كل واحد منهما وكيل الآخر فيما يشتريه، لأنه لا ولاية له على صاحبه إلا به.

قال رحمه اللّه: (وتتضمن الوكالة) لأنه بذلك يتمكن من التحصيل لصاحبه،

تقبل العمل من صاحب الحانوت عمل فصارت شركة بالأعمال اهـ **قوله في المتن: (ووجوه إن اشتركا إلخ)** قال في شرح الطحاوي: وأما الشركة بالوجوه فهو أن يشترك الرجلان، وليس لهما مال ولا عمل على أن يشتريا بالنسيئة ويبيعاها بالنقد، فما حصل من الربح فهو بينهما فهذا جائز اهـ إتقاني. وكتب على قوله: ووجوه أن اشتركا ما نصه: قال في شرح الطحاوي في شركة الوجوه: وينبغي أن يشترط الربح بينهما على قدر الضمان، وإن شرطا الربح بخلاف الضمان بينهما فالشرط باطل، ويكون الربح بينهما على قدر ضمانهما اهـ إتقاني رحمه اللّه وكتب أيضاً على قوله: ووجوه إن اشتركا ما نصه: قال الإتقاني: وقد تكون هذه الشركة مفاوضة وقد تكون عناناً، فالمفاوضة أن يكون الرجلان من أهل الكفالة، وأن يكون ثمن المشتري على كل واحد منهما نصفه، وأن يكون المشتري بينهما نصفين، وأن يتلفظا بالمفاوضة، وأما العنان منهما فهو أن يجوز التفاضل في ضمان ثمن المشتري بينهما اهـ **قوله: (صارت مفاوضة فيهما)** أي في التقبل والوجوه اهـ **قوله**:

إذ لا ولاية له عليه ولهذا تضمنها جميع أنواع شركة العقود، وتتضمن الكفالة أيضاً مع ذلك إذا كانت مفاوضة لما بينا في أوّل الكتاب

قال رحمه اللّه: (وإن شرطا مناصفة المشترى أو مثالثته فالربح كذلك، وبطل شرط الفضل) لأن الربح لا يستحق إلا بالعمل كالمضارب أو بالمال كرب المال أو بالضمان كالأستاذ الذي يتقبل العمل من الناس ويلقيه على التلميذ بأقل مما أخذ فيطيب له الفضل بالضمان ولا يستحق بغيرها، ألا ترى أن من قال لغيره: تصرف في مالك على أن لي بعض ربحه لا يستحق شيئاً لعدم هذه المعاني واستحقاق الربح في شركة الوجوه بالضمان، والضمان بقدر الملك في المشترى **فكان الربح الزائد عليه ربح ما لم يضمن**، وهو غير جائز وفي المضاربة جاز على خلاف القياس وشركة الوجوه ليست في معناها، إذ لا يعمل في مال معين، وتعيين المال هو المجوز للمضاربة، ألا ترى أن المال لما كان معيناً في غير شركة الوجوه جاز أيضاً اشتراط التفاضل بشرط العمل على ما بينا من قبل.

فصل في الشركة الفاسدة

قال رحمه اللّه: (**ولا تصح شركة في احتطاب** واصطياد واستقاء) وكذا في أخذ

(**فكان الربح الزائد عليه ربح ما لم يضمن**) أي فلا يصح اشتراطه إلا في المضاربة، والوجوه ليست في معناه بخلاف العنان، لأنه في معناها من حيث أن كل واحد منهما يعمل في مال صاحبه فيلحق بها، كذا في الهداية اهـ وكتب على قوله: فكان الربح الزائد عليه ربح ما لم يضمن ما نصه: قال الإمام الإتقاني رحمه اللّه: اعلم ان اشتراط فضل الربح على قدر الضمان لا يجوز، فإن شرط الفضل فيه لأحدهما بطل الشرط، وكان الربح بينهما على قدر ضمانهما، وهذا لأن ضمان الثمن إذا كان أثلاثاً بينهما مثلاً وقد شرطا أن يكون الربح نصفين كان لصاحب الثلث ربح ما ضمانه على غيره، وهو السدس فيلزم من ذلك ربح ما لم يضمن وهو السدس، وهو حرام لنهي النبي ﷺ عنه، تحقيقه أن استحقاق الربح إما أن يكون بالمال كرب المال في المضاربة، أو بالعمل كالمضارب أو بالضمان كرجل يجلس على دكانه تلميذاً يطرح عليه العمل بالنصف، حيث يستحق نصف الربح، ولا يستحق الربح في الشرع بلا واحد من الوجوه الثلاثة، ثم استحقاق الربح في شركة الوجوه بضمان الثمن، فإذا كان الضمان نصفين يكون اشتراط فضل الربح على النصف ربح ما لم يضمن لا محالة فلا يجوز اهـ

فصل في الشركة الفاسدة

شرع في الشركة الفاسدة بعد فراغه من الشركة الصحيحة، لأن الصحيح موجود أصلاً ووصفاً، والفاسد موجود أصلاً لا وصفاً فكان تقديم ما هو موجود من كل وجه أولى

كل مباح كالاحتشاش **واجتناء الثمار من الجبال**، لأن التوكيل إثبات ولاية التصرف فيما هو ثابت للموكل، ولايمكن تحقيق هذا المعنى هنا، لأن الموكل لم يملكه فلا يملك إقامة غيره مقامه، ولأن المباح لمن أخذه فلا يمكن إيقاع الحكم فيه لغيره.

قال رحمه الله: (والكسب للعامل) لما ذكرنا.

قال رحمه الله: (**وعليه أجر مثل** ما للآخر) لأنه استوفى منفعة غيره بعقد فاسد فيجب عليه أجر مثله حتى لو اشتركا ولأحدهما بغل، **وللآخر راوية** ليستقيا عليها الماء فأيهما استقى فهو له، ويجب عليه أجر مثل آلة الآخر بالغاً ما بلغ عند محمد، وعند أبي يوسف لا يجاوز به المسمى وأصله أن الإجارة إذا فسدت يجب أجر المثل، ثم إن / كان المسمى معلوماً لا يزاد أجر المثل على المسمى، وإن كان مجهولاً كما [١١٦ب/٢] إذا جعل الأجر دابة أو ثوباً، أو استأجر داراً أو حماماً على أن العمارة على المستأجر يجب بالغاً ما بلغ، إذ لا يمكن تحديده بشيء ولم يتم رضاه بشيء وإن كان معلوماً من وجه دون وجه كالجزء الشائع مثل النصف والربع ونحو ذلك، فعند محمد يجب بالغاً ما بلغ لأن النصف مجهول، لأنه يكثر بكثرة ما يحصل وينقص عند قلته فلا يتم رضا إلا بشيء مقدر وعندهما لا يزاد على المسمى، لأنه معلوم من كل ما يحصل بعمله فتم رضاه به، وأكثر ما يقع هذا في المضاربة والمزارعة فمحمد مال إلى كونه مجهولاً، وهما إلى كونه معلوماً فإذا كان المباح فيما نحن فيه لمن أخذه يجب عليه للآخر أجر المثل على ما ذكرنا، وإن أخذاه معاً يكون مشتركاً بينهما، ثم إن علم ما أخذه كل واحد منهما بالكيل أو الوزن في المكيل والموزون مثل الثمرة ونحوها، أو بالقيمة في القيمي فلا كلام فيه، وإن لم يعلم فدعوى كل منهما تصدّق إلى النصف،

اهـ إتقاني. **قوله في المتن: (ولا تصح شركة في احتطاب إلخ)** وإنما لم تصح الشركة في الأشياء المباحة، لأن الشركة تتضمن الوكالة وشرط تحقق الوكالة أن يكون الموكل به حيث لا يملكها الوكيل بدون أمر الموكل، وفي المباحات يملكها الوكيل بلا توكيل فلم تصح الشركة لعدم صحة الوكالة، وسبب تملك المباحات الحيازة فكل من فاز بالسبب فاز بها، وعلى هذا سؤال الناس والتكدي قال الكرخي في مختصره: ولكل واحد منهما ما أخذ ملكاً له وثمنه له وربحه ووضيعته عليه، وإن كان الآخر أعانه في عمله وجمعه فله أجر مثله لا يجاوز به نصف ثمن ذلك في قول أبي يوسف، وقال محمد: يبلغ أجر مثله بالغاً ما بلغ، وقول أبي يوسف استحسان إلى هنا لفظه اهـ إتقاني. **قوله: (واجتناء الثمار من الجبال)** أي والبراري كالفستق والجوز وغير ذلك اهـ **قوله في المتن: (وعليه أجر مثل)** مثل ليس في خط الشارح وهو ثابت في نسخ المتن. **قوله: (وللآخر راوية)** رويت للقوم إذا استقيت لهم والبعير الذي يحمل عليه الماء الراوية وكثر ذلك حتى سمو المزادة راوية، كذا قال ابن

ولا تصدق فيما زاد على ذلك لأنهما استويا في الكسب، وفي كونه في أيديهما فكان في يد كل واحد منهما النصف ظاهراً فلا يصدق فيما زاد عليه إلا ببينة.

قال رحمه اللّه: (والربح في الشركة الفاسدة بقدر المال وإن شرط الفضل) لأن الأصل **أن الربح تبع للمال كالريع،** وإنما عدل عنه عند صحة التسمية، ولم تصح فيبطل شرط التفاضل لأن استحقاقه بالعقد فيكون فيه تقرير الفساد وهو واجب الرفع.

قال رحمه اللّه: (وتبطل الشركة بموت أحدهما ولو حكما) أي ولو كان الموت حكماً بأن ارتد أحدهما ولحق بدار الحرب وحكم بلحاقه لأن الشركة من العقود الجائزة فيكون لدوامها حكم ابتدائها، **وهذا لأنها تتضمن الوكالة** ولا بد منها لتحقق المقصود وهو الشركة في المشتري على ما مر، **والوكالة تبطل بالموت واللحاق** على ما عرف في موضعه، ولا فرق بين أن يعلم موت صاحبه أو لايعلم لأنه عزل حكمي، فإذا بطلت الوكالة بطلت الشركة يعني شركة العقد لعدم الفائدة فلا يشترط علمه لثبوته ضمناً، بخلاف ما إذا فسخ أحدهما الشركة في حالة يكون له الفسخ فيها بأن كان المال دراهم أو دنانير **حيث يتوقف على علم الآخر لكونه عزلاً قصدياً.**

دريد، والمراد هنا المزادة، قال أبو عبيد: المزادة لا تكون إلا من جلدين تفأم بجلد ثالث لتتسع، والجمع مزاد ومزايد اهـ إتقاني. **قوله: (أن الربح تبع للمال كالريع)** أي فإنه تابع للبذر في المزارعة اهـ هداية. وكتب على قوله كالريع ما نصه: الريع النماء والزيادة، كذا في المجمل اهـ **قوله: (وهذا لأنها تتضمن الوكالة)** أي سواء كانت مفاوضة أو عناناً اهـ إتقاني. **قوله: (والوكالة تبطل بالموت واللحاق إلخ)** ثم لما ثبت بطلان الشركة بالموت ثبت بطلانها بالارتداد إذا لحق بدار الحرب وقضى القاضي بلحاقه لأنه موت حكمي، ألا ترى أنه يقسم ماله بين ورثته اهـ إتقاني. **قوله: (حيث يتوقف على علم الآخر لكونه عزلاً قصدياً)** قال الإتقاني رحمه اللّه: ثم الشركة في العزل القصدي تنفسخ إذا كان مال الشركة عيناً يعني دراهم أو دنانير، ولو كان مال الشركة عروضاً وقت الفسخ فقدذكر الطحاوي في مختصره أنه لا تنفسخ وجعله بمنزلة المضاربة، وقال الإمام الإسبيجابي في شرح الطحاوي: لا رواية عن أصحابنا في الشركة وإنما الرواية في المضاربة، وهي أن رب المال إذا نهى المضارب عن التصرف فإنه ينظر إن كان مال المضاربة وقت النهي دراهم أو دنانير صح النهي، وإن كان رأس المال دراهم كان له أن يصرف الدنانير إلى الدراهم، وإن كان رأس المال دنانير كان له أن يصرف الدراهم إلى الدنانير، وليس له أن يشتري بها عرضاً، وإن كان رأس المال عروضاً وقت النهي فلا يصح نهيه، وجعل الطحاوي الشركة بمنزلة المضاربة، وبعض مشايخنا فرقوا بين المضاربة والشركة وقالوا: يجوز فسخ الشركة وإن كان رأس المال عرضاً بخلاف المضاربة، لأن مال الشركة في أيديهما جميعاً وولاية التصرف فيه إليهما فيملك

قال رحمه الله: (ولم يزك مال الآخر) أي لا يزكي كل واحد منهما نصيب صاحبه لأنه لم يأذن له فيها لأن الإذن بينهما وقع في التجارة والزكاة ليست منها.

قال رحمه الله: (فإن أذن كل) أي أذن كل واحد منهما لصاحبه بأداء الزكاة عنه. (**وأدّيا معاً ضمنا** ولو متعاقباً ضمن الثاني) أي لو أديا متعاقباً ضمن الثاني علم بأداء صاحبه أو لم يعلم وهذا عند أبي حنيفة، وقالا: إن علم يضمن وإلا فلا كذا أشار في كتاب الزكاة، وفي الزيادات لا يضمن علم بأداء شريكه أو لم يعلم وهو الصحيح عندهما، وعلى هذا الخلاف الوكيل بأداء الزكاة أو الكفارات إذا أدّى الآمر بنفسه مع المأمور أو قبله أو أعتق لهما أنه مأمور بالأداء، وقد أتى به وليس في وسعه إيقاعه زكاة أو كفارة لتعلقه بنية الآمر فصار كالمأمور بذبح دم الإحصار إذا ذبحه بعدما زال الإحصار وحج الآمر، وله أنه أتى بغير المأمور به، لأن المأمور به إسقاط الفرض عنه ولم يسقط به الفرض، إذ لا يلتزم الضرر إلا لدفع الضرر عن نفسه فصار مخالفاً فيضمن علم بذلك أو لم يعلم إذ هو صار معزولاً بأداء الآمر وهو حكمي، فلا يشترط فيه علمه بخلاف المأمور بقضاء الدين حيث لا يضمن بقضائه بغير علم بعد قضاء الآمر، لأنه لم يخالف لأن المأمور به جعل/ المقبوض مضموناً على القابض، وقد [١١٧/أ/٢] وجد لأن الديون تقضى بأمثالها فأمكنه الرجوع على القابض على الهلاك وبخلاف دم الإحصار، لأنه ليس بواجب عليه فإنه يمكنه أن يصبر حتى يزول فيتحلل بأفعال النسك، وكذا له أن لايتحلل بعد الذبح بل يتحلل بأداء النسك، وقد أتى به على الوجه المأمور به كيفما كان فلا يضمن وقيل: هو على الخلاف أيضاً فلا يرد إشكالاً.

قال رحمه الله: (وإن أذن أحد المتفاوضين بشراء أمة ليطأ ففعل فهي له بلا

كل واحد منهما نهي صاحبه عيناً كان المال أو عرضاً، وأما مال المضاربة فإنه في يد المضارب وولاية التصرف إليه لا إلى رب المال فلا يملك رب المال نهيه بعدما صار المال عرضاً، كذا قال في شرح الطحاوي اهـ قوله: فإنه ينظر إن كان مال المضاربة وقت النهي دراهم، قال الكمال: فإن كان مال المضاربة دراهم أو دنانير صح نهيه غير أنه يصرف الدراهم بالدنانير، بأن كان رأس مال الشركة دنانير وعكسه فقط اهـ قوله: وإن كان رأس المال عرضاً قال الكمال: وبعض مشايخنا قالوا: تنفسخ وإن كان المال عرضاً وهو المختار اهـ **قوله: (وأديا معاً ضمنا)** أي ضمن كل منهما نصيب صاحبه اهـ وذكر القاضي الغني فيما لوأديا معاً حيث يضمن الوكيل عند أبي حنيفة، فوجهه أن أداء الموكل سابق على أدائه، وإن أديا معاً من حيث الحكم والاعتبار، لأن الموكل يتصرف على نفسه بالأداء، وتصرف الوكيل على الموكل فتصرفه على نفسه أقرب من تصرف الوكيل عليه فيصير سابقاً معنى كالوكيل بالبيع إذا باع وباع الموكل أيضاً، وخرج الكلامان معاً ينفذ بيع الموكل اهـ كي.

شيء) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: يرجع عليه بنصف الثمن لأن الملك وقع له خاصة حتى حل له وطؤها، والثمن بمقابلة الملك فيكون عليه خاصة، وقد قضاه من مال مشترك **فيرجع عليه صاحبه بحصته كما في ثمن الطعام والكسوة**، وله أن الجارية تدخل في ملكهما جرياً على مقتضى الشركة، **إذ لا يملكان تغييره** ثم الإذن يتضمن هبة نصيبه لأن الوطء لا يحل إلا بالملك فصار كما إذا اشترياها ثم قال أحدهما للآخر: أقبضها لك كانت هبة، وكما إذا قال لشخص: اقبض ديني على فلان لنفسك فقبضه كان هبة له، وكما إذا قال لشخص: أدّ عني الزكاة فأدّى عنه كان تمليكاً منه في ضمن قبض الفقير بخلاف طعام الأهل وكسوتهم لأن ذاك مستثنى من الشركة للضرورة، فيقع الملك له خاصة بنفس العقد فكان مؤدّياً ديناً عليه من مال الشركة ولا ضرورة في مسألتنا فلا تستثنى فيدخل في ملكهما فيكون قاضياً ديناً عليهما، وللبائع أن يأخذ بالثمن أيهما شاء على التقديرين لما بينا في الطعام والكسوة والله أعلم.

قوله: (**فيرجع عليه صاحبه بحصته كما في ثمن الطعام والكسوة**) تحقيقه أن الحاجة إلى الوطء من الحوائج الأصلية، إلا أنها ليست بلازمة كالطعام فلم تكن مستثناة من عقد الشركة بلا شرط، ثم لما جاء التصريح بالحاجة إلى الوطء ألحقت بحاجة الطعام فوقع شراء الجارية للشريك المشتري خاصة اهـ إتقاني رحمه الله. **قوله**: (**إذ لا يملكان تغييره**) أي مع بقاء الشركة اهـ كي.

كتاب الوقف

الوقف في الأصل: مصدر وقفه إذا حبسه وقفاً ووقف بنفسه وقوفاً يتعدّى ولا يتعدّى ومنه وقف عقاره على كذا أي حبسه عليه وسمي به المفعول مبالغة كقولهم: نسج اليمن وضرب الأمير للمنسوج والمضروب.

قال رحمه اللّه: (**هو حبس العين على ملك الواقف** والتصدق بالمنفعة) وهذا في

كتاب الوقف

قال الكمال: أما تفسيره لغة فالحبس مصدر وقفت أقف حبست، قال عنترة:

ووقفت فيها ناقتي فكأنها   فدن لأقضي حاجة المتلوم

وهو أحد ما جاء على فعلته ففعل يتعدى ولا يتعدى ويجتمعان في قولك: وقفت زيداً أو الحمار فوقف، وأما أوقفته بالهمزة فلغة رديئة، وأما شرعاً فحبس العين على ملك الواقف والتصدق بمنفعتها، أو صرف منفعتها إلى من أحب وعندهما حبسها لا على ملك أحد غير الله تعالى وإنما قلنا: أو صرف منفعتها لأن الوقف يصح لمن يحب من الأغنياء بلا قصد القربة، وهو وإن كان لا بد في آخره من القربة بشرط التأبيد وهو بذلك كالفقراء ومصالح المسجد، لكنه يكون وقفاً قبل انقراض الأغنياء بلا قصد، وسببه إرادة محبوب النفس في الدنيا ببر الأحياء، وفي الآخرة بالتقرب إلى رب الأرباب عز وجل، وأما شرطه فهو الشرط في سائر التبرعات من كونه حراً عاقلاً بالغاً، وأن يكون منجزاً غير معلق، فلو قال: إن قدم ولدي فداري صدقة موقوفة على المساكين فجاء ولده لا تصير وقفاً، وأما الإسلام فليس بشرط فلو وقف الذمي على ولده ونسله وجعل آخره للمساكين جاز، ويجوز أن يعطي المساكين المسلمين وأهل الذمة، وإن خص في وقفه مساكين أهل الذمة جاز، وتفرق على اليهود والنصارى والمجوس منهم إلا إن خص صنفاً منهم، فلو دفع القيم إلى غيرهم كان ضامناً، وإن قلنا: إن الكفر كله ملة واحدة اهـ وكتب على لفظ كتاب الوقف ما نصه: مناسبته بالشركة أن كلاً منهما يراد لاستبقاء الأصل مع الانتفاع بالزيادة عليه إلا أن الأصل في الشركة مستبقى في ملك الإنسان، وفي الوقف مخرج عنه عند الأكثر قاله الكمال رحمه اللّه اهـ **قوله في المتن: (هو حبس العين على ملك الواقف إلخ)** قال الكمال: قال المصنف: وعندهما حبس العين على حكم ملك اللّه تعالى فيزول ملك الواقف عنها إلى اللّه تعالى على وجه تعود منفعته إلى العباد، ولا يخفى أنه لا حاجة سوى إلى قولنا: يزول ملكه على وجه يحبس على منفعة العباد لأن ملك اللّه تعالى في الأشياء لم يزل قط ولا

الشرع وهو عند أبي حنيفة رحمه اللّه، **وعندهما حبس العين على حكم ملك اللّه تعالى**.

قال رحمه اللّه: ﴿**والملك يزول بالقضاء لا إلى مالك**﴾ أي بقضاء القاضي لأنه فصل مجتهد فيه فينفذ قضاؤه وهذا عند أبي حنيفة رحمه اللّه، وعندهما يزول من غير قضاء، وأصل الخلاف أن الوقف لا يجوز عند أبي حنيفة أصلاً وهو المذكور في الأصل، وقيل: يجوز عنده إلا أنه لا يلزم بمنزلة العارية حتى يرجع فيه أيّ وقت شاء ويورث عنه إذا مات **وهو الأصح**، وعندهما يجوز ويزول ملك الواقف عنه غير أنه عند

يزال، فالعبارة الجيدة قول قاضيخان إلا أن عندأبي يوسف ومحمد إذا صح الوقف يزول ملك الواقف لا إلى مالك فيلزم ولايملك اهـ وكتب على قوله: حبس العين إلخ ما نصه: هذا التعريف الذي ذكره للإمام إنما هو قبل الحكم به، أما بعد الحكم فلا خلاف في خروجه عن الملك ومثله التعليق بالموت اهـ **قوله**: ﴿**وعندهما حبس العين على حكم ملك اللّه تعالى**﴾ قال في التتمة[1]: والمعوّل والفتوى على قولهما اهـ حقائق. **قوله في المتن**: ﴿**والملك يزول بالقضاء لا إلى مالك**﴾ قال الكمال: قال أبو حنيفة رحمه اللّه: لا يزول ملك الواقف عن الوقف إلا أن يحكم به حاكم، أي يخرجه عن ملكه أو يعلقه، أي يعلق الوقف بموته فيقول: إذا مت فقد وقفت داري على كذا، وقال أبو يوسف: يزول بمجرّد القول الذي قدمنا صحة الوقف به، وقال محمد: لا يزول حتى يجعل للوقف متولياً ويسلمه إليه بعد ذلك القول وبه أخذ مشايخ بخارى، وإذا لم يزل عند أبي حنيفة قبل الحكم يكون موجب القول المذكور حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة، وحقيقته ليس إلا التصدق بالمنفعة ولفظ حبس إلخ، لا معنى له لأن له بيعه متى شاء وملكه مستمر فيه، كما لو لم يتصدق بمنفعته فلم يحدث الوقف إلا مشيئة التصدق بمنفعته، وله أن يترك ذلك متى شاء، وهذا القول كان ثابتاً له قبل الوقف بلا ذكر الوقف فلم يفد لفظ الوقف شيئاً وهذا معنى ما ذكره في المبسوط من قوله كان أبو حنيفة لا يجيز الوقف وهو ما أراد المصنف بقوله وهو الملفوظ في الأصل يعني المبسوط، وحينئذ فقول من أخذ بظاهر هذا اللفظ فقال: الوقف عند أبي حنيفة لا يجوز صحيح لأنه ظهر أنه لم يثبت به قبل الحكم حكم لم يكن، وإذا لم يكن له أثر زائد على ما كان قبله كان كالمعدوم، والجواز والنفاذ والصحة فرع اعتبار الوجود ومعلوم أن قوله لا يجيز ليس المراد به التلفظ بلفظ الوقف بل لا يجيز الأحكام التي ذكر غيره أنها أحكام ذكر الوقف فلا خلاف إذاً فأبو حنيفة لا يجيز الوقف أي لا يثبت الأحكام التي ذكرت له إلا أن يحكم بها حاكم، وقوله: بمنزلة العارية، لأنه ليس له حقيقة العارية لأنه إن لم يسلمه إلى غيره فظاهر، وإن أخرجه إلى غيره فذلك

---

(١) اسمه تتمة الفتاوى للإمام برهان الدين محمود بن أحمد الحنفي صاحب المحيط، المتوفى سنة (٦١٦هـ). انظر كشف الظنون (١ /٣٤٣).

أبي يوسف يزول بمجرّد القول، وعند محمد لا يزول حتى يجعل للوقف ولياً ويسلمه إليه، لهما ما روي عن «ابن عمر رضي اللّه عنهما أن عمر أصاب أرضاً من أرض خيبر فقال: يا رسول اللّه أصبت أرضاً بخيبر لم أصب مالاً قط أنفس عندي منه فما تأمرني قال: إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها، فتصدق بها عمر على أن لا تباع ولا توهب ولا تورث في الفقراء وذوي القربى والضيف وابن السبيل لا جناح على من وليها أن يأكل منها بالمعروف ويطعم غير متموّل»[١] رواه أحمد والبخاري ومسلم وغيرهم. وقال عليه الصلاة والسلام: «إذا مات الإنسان انقطع عمله إلا من ثلاث صدقة جارية أو علم ينتفع به أو ولد صالح يدعو له»[٢] رواه أحمد ومسلم وأبو داود وغيرهم، ولأن الصحابة والتابعين ومن بعدهم إلى يومنا هذا قد تعاملوه فكان إجماعاً، ولأن الحاجة ماسة إلى أن يلزم/ الوقف ليصل ثوابه إليه على الدوام، وقد [١١٧ب/٢] أمكن دفع هذه الحاجة بإسقاط الملك وجعله للّه تعالى كما في المسجد ويخرج عن ملكه كما يخرج المسجد فإذا ثبت هذا فقال أبو يوسف يزول عن ملكه بمجرد القول لأنه أسقط ملكه للّه تعالى فصار كالعتق، وقال محمد: لايزول حتى يسلمه إلى المتولي لأنه صدقة فيكون التسليم من شرطه **كالصدقة المنفذة**، ولأن التمليك من اللّه تعالى لا يتحقق قصداً لأنه مالك الأشياء، ولكنه يثبت في ضمن التسليم إلى العبد كما في الزكاة وغيرها من الصدقات المنفذة ولأبي حنيفة قوله عليه الصلاة والسلام: «لا حبس عن فرائض اللّه تعالى»[٣] وقال شريح: بعث محمد ببيع الحبس ولأن الملك فيه باق لأن غرضه التصدق بغلته وهو لا يتصوّر إلا إذا بقي الأصل على ملكه، ويدل عليه قوله عليه الصلاة والسلام لعمر فيما رواه النسائي وابن ماجه: «احبس أصلها وسبل ثمرتها» أي احبسه على ملكك وتصدق بثمرتها وإلا لكان مسبلاً جميعها، وهذا لأن خروج الملك لا إلى مالك غير مشروع، ألا ترى أن اللّه تعالى نهانا عن السائبة وهي التي يسيبها مالكها ويخرجها عن ملكه بزعمهم، ولا يتناول منها إلا الفقراء أو الضيوف بخلاف الإعتاق أو المسجد لأنه يحرز عن حق العبد حتى لا يجوز له أن ينتفع به ولهذا لا ينقطع عنه حق العبد حتى كان له ولاية التصرف فيه

الغير ليس هو المستوفي لمنافعه اهـ **قوله: (وهو الأصح)** أي من قوليه اهـ **قوله: (كالصدقة**

---

(١) أخرجه البخاري في الشروط (٢٧٣٧)، ومسلم في الوصية (١٦٣٣)، والترمذي في الأحكام (١٢٧٥)، وأبو داود في الوصايا (٢٨٧٨).

(٢) أخرجه النسائي في الإحباس (٣٦٠٣)، وابن ماجه في الأحكام (٢٣٩٧).

(٣) أخرجه مسلم في الوصية (١٦٣١)، والترمذي في الأحكام (١٣٧٦)، والنسائي في الوصايا (٣٦٥١)، وأبو داود في الوصايا (٢٨٨٠)، وابن ماجه في المقدمة (٢٤٢)، وأحمد في مسنده (٨٦٢٧)، والدارمي في المقدمة (٥٥٩).

بصرف غلاته إلى مصارفه ونصب القيم، ولأنه تصدق بالغلة أو بالمنفعة المعدومة وهو غير جائز إلا في الوصية، وما روياه لا يدل على لزومه، ولهذا أراد عمر رضي اللّه عنه أن يبيع ذلك بعد موت النبي ﷺ، ثم كره أن ينقض ما كان بينه وبين رسول اللّه ﷺ فتركه ذكره الطحاوي، ولو كان لازماً لما حل له أن ينقض **إلا أنه إذا حكم به حاكم يرى لزومه يلزم** لأنه فصل مجتهد فيه كسائر المجتهدات، وطريق الحكم فيه أن يسلم الوقف إلى المتولي ثم يرجع فيه الواقف بحكم أنه غير لازم، فإذا ترافعا إلى الحاكم وحكم بانقطاع ملكه عن الوقف لزم بالإجماع لما ذكرنا هذا إذا حكم به المتولي، وأما المحكم فلا يلزم بحكمه في الصحيح لأن للقاضي أن ينقض حكمه على ما عرف في موضعه، ولو علق الوقف بموته بأن قال: إذا مت فقد وقفت داري على كذا ثم مات صح ولزم إذا خرج من الثلث، لأن الوصية بالمعدوم جائزة كالوصية بالمنافع ويكون ملك الميت باقياً فيه حكماً فيتصدق عنه دائماً، وإن لم يخرج من الثلث يجوز بقدر الثلث ويبقى الباقي إلى أن يظهر له مال آخر، أو تجيز الورثة فإن لم يظهر له مال ولم تجز الورثة تقسم الغلة بينهما أثلاثاً ثلثه للوقف والثلثان للورثة، ولو علقه بالموت وهو مريض مرض الموت فكذلك الحكم لأن الوصية لا تختلف بين أن تكون في الصحة أو في المرض، وإن نجز الوقف في المرض فهو بمنزلة المعلق بالموت فيما ذكره الطحاوي، والصحيح أنه بمنزلة المنجز في الصحة عند أبي حنيفة فلا يلزم وعندهما يلزم من الثلث، لأن حق الورثة تعلق بماله فلا ينفذ تصرفه إلا من الثلث بخلاف ما إذا وقف في الصحة.

قال رحمه اللّه: (ولا يتم حتى يقبض) أي حتى يقبض المتولي وفيه خلاف أبي يوسف وقد ذكرناه.

قال رحمه اللّه: (ويفرز) أي لا يجوز حتى يفرز يحترز به من المشاع فإنه لا يجوز وقفه، وعند أبي يوسف يجوز لأن القسمة من تتمة القبض، وأصل القبض عنده

المنفذة) أي المنجزة في الحال اهـ قوله: **(إلا أنه إذا حكم به حاكم يرى لزومه يلزم)** قال الكمال: وصورة حكم الحاكم الذي يزول به الملك عنده أن يسلمه إلى متول، ثم يظهر الرجوع فيخاصمه إلى القاضي فيقضي القاضي بلزومه، قالوا: فإن خاف الواقف أن يبيعه قاض قبل أن يحكم به يكتب في صك، فإن أبطله أو غيره قاض فهذه الأرض بأصلها وجميع ما فيها وصية من فلان الواقف تباع ويتصدق بثمنها، لأنه إذا كتب هذا لا يخاصم أحد في إبطاله لعدم الفائدة له في ذلك، والوصية تحتمل التعليق بالشرط وإذا أبطله قاض ليصير وصية يعتبر من جميع ماله كذا في فتاوى قاضيخان، وينبغي أن يكون هذا إذا وقف في صحته، أما إذا كان وقف في مرضه فينبغي أن يعتبر من الثلث وعلى هذا التقدير فقد

[١١٨ /١/٢] ليس بشرط فكذا تتمته، وإنما كان كذلك لأن الوقف عنده إسقاط / الملك كالإعتاق والشيوع لا يمنعه كما لا يمنع الإعتاق، وأما عند محمد فلا يتم الوقف مع الشيوع فيما يحتمل القسمة، لأن أصل القبض عنده شرط **فكذا ما يتم به القبض كالصدقة والمنفذة، وأما ما لا يحتمل القسمة كالحمام ونحوه فلا يضره** الشيوع كالصدقة والهبة إلا في المسجد والمقبرة، فإنه لا يتم مع الشيوع مطلقاً بالإجماع لأن بقاء الشركة فيه يمنع الخلوص للّه تعالى، ولأن المهايأة فيهما من أقبح ما يكون بأن يدفن فيها الموتى سنة [**وتنزع** سنة][(١)] ويصلى في المسجد في وقت ويتخذ اصطبلاً في وقت بخلاف الوقف، فإنه يمكن الاستغلال وقسمة الغلة فلا يمنع صحة الوقف فيما لا يحتمل القسمة عند محمد ولا فيما يحتملها أيضاً عند أبي يوسف، ولو استحق بعض الوقف شائعاً بطل في الكل عند محمد، لأنه تبين أن الوقف كان شائعاً فيعود الكل إليه أو إلى ورثته، بخلاف ما إذا وقف في مرضه ثم مات ولم يخرج من الثلث ورجعت الورثة في البعض شائعاً أو رجع هو في الهبة، كذلك حيث لا يبطل الوقف ولا الهبة لأن الشيوع طارئ بعد صحته في الكل لعدم الشيوع وقت التصرف، وإنما طرأ بعده فلا يضر، ولو استحق جزء معين لم يبطل في الباقي لعدم الشيوع، ولهذا جاز في الابتداء بدون ذلك الجزء، وعلى هذا الهبة والصدقة المنفذة، ولو وقف رجلان أرضاً بينهما معاً أو متعاقباً جاز إذا سلماه معاً، وإن اختلفت الجهة لأن وقت القبض هو المعتبر ولا شيوع حينئذٍ كما في الصدقة، واختلاف الجهة لا يضر كاختلاف الجهة في الهدي.

قال رحمه اللّه: (**ويجعل آخره لجهة لا تنقطع**) أي لا يجوز الوقف حتى يجعل آخره لجهة لا تنقطع وهذا عندأبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: إذا سمى فيه جهة تنقطع جاز وصار بعدها للفقراء، وإن لم يسمهم لهما أن حكم الوقف زوال

يكون في بيعه ونقضه فائدة للورثة فحمل ما ذكر إذا لم يكن وقف في المرض، أو كان فيه لكنه يخرج من الثلث اهـ **قوله**: (**فكذا ما يتم به القبض كالصدقة المنفذة**) أي المنجزة في الحال فإنها لا تكون مشاعاً، فكذا الصدقة المستمرة اهـ كمال. **قوله**: (**وأما ما لا يحتمل القسمة كالحمام ونحوه فلا يضره إلخ**) وإنما أسقط أي محمد اعتبار تمام القبض عند عدم الإمكان وذلك فيما لا يحتملها، لأنه لو قسم قبل الوقف فات الانتفاع كالبيت الصغير والحمام فاكتفى تحقيق التسليم في الجملة اهـ **قوله**: (**وتنزع**) أي وتزرع اهـ هداية. **قوله في المتن**: (**ويجعل آخره لجهة لا تنقطع**) أي أبداً كالمساكين ومصالح الحرم والمساجد

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من المطبوع.

الملك بغير التمليك وإنه بالتأبيد كالعتق، ولهذا كان التوقيت مبطلاً له كالتوقيت في البيع ولأبي يوسف أن المقصود منه هو التقرب إلى اللّه تعالى به، وذلك يحصل بجهة تنقطع كما يحصل بجهة لا تنقطع ثم يصير بعدها للفقراء، وهذا يدل على أن التأبيد شرط عنده أيضاً إلا أنه لا يشترط ذكره لأن مطلقه ينصرف إليه، ومحمد يقول: لا ينصرف إليه إلا بالتصريح بذكره لأن المطلق يحتمل التوقيت، وفي المحيط لو قال: أرضي هذه بيدقة موقوفة أو محرمة أو محبوسة، ولم يذكر التأبيد يصح الوقف عند الكل إلا عند يوسف بن خالد السمتي[1] البصري وهو تلميذ أبي حنيفة، فإن ذكر التأبيد عنده شرط لصحة الوقف، والصحيح أنه ليس بشرط وذكر أن لفظ الصدقة ونحوها في هذه الصورة يدل على أنه أراد به الفقراء دون الورثة، وفيه في موضع آخر لو قال: **أرضي هذه موقوفة** على فلان أو على ولدي ونحوه جاز الوقف عندهما، والغلة له ما دام حياً وبعده للفقراء لأنه لما نص على الصدقة وهي لا تكون إلا للفقراء انصرف إليهم وذكر فلان لتخصيصه بالبداءة بالغلة ما دام حياً، وجعل الخلاف المذكور بينهم فيما إذا لم يذكر لفظ الصدقة بأن قال: هذه موقوفة على فلان أو ولدي أو قرابتي ونحو ذلك، وأما إذا ذكر لفظ الصدقة فلا خلاف بينهم، وأبو يوسف كان ضيق في أمر الوقف غاية التضييق أوّلاً مثل أبي حنيفة ثم رجع ووسع غاية التوسعة حتى لم يشترط القبض والإفراز، ومحمد توسط بينهما، ولهذا أفتى به عامتهم.

[١١٨ ب/٢] قال رحمه اللّه: **(وصح وقف العقار ببقره وأكرته)** والقياس أن لا/ يجوز لأن التأبيد من شرطه، وجه الاستحسان أنها تبع للأرض في تحصيل ما هو المقصود، وكم من شيء يثبت تبعاً، ولهذا دخل البناء في وقف الأرض وعلى هذا سائر آلات الحراثة.

بخلاف ما لو وقف على مسجد معين ولم يجعل آخره لجهة لا تنقطع لا يصح، لاحتمال أن يخرب الموقوف عليه اهـ كمال. **قوله: (أرضي هذه موقوفة)** كذا بخط الشارح، والصواب صدقة موقوفة لقوله بعد، لأنه لما نص على الصدقة فتأمل اهـ **قوله في المتن: (وصح وقف العقار ببقره)** قال الكمال: أما لو وقف ضيعة فيها بقر وعبيد له لم يذكرهم، فإنه لا يدخل من الآلات البقر والعبيد في الوقف اهـ وكتب ما نصه: قال في الخلاصة: وقف المنقول تبعاً للعقار جائز بالإجماع اهـ **قوله: (وأكرته)** الأكرة جمع الأكار وهو الفلاح اهـ إتقاني. وكتب ما نصه: والأكرة الحراثون اهـ فتح. وكتب أيضاً ما نصه: وكذا سائر آلات الحراثة إذا كان

---

(١) كان أحد أصحاب الإمام أبي حنيفة كثير الأخذ عنه. انظر الجواهر المضية (٣/ ٦٢٦).

قال رحمه اللّه: (ومشاع قضى بجوازه) أي بجواز الوقف فيه، فإن قضاء القاضي يقطع الخلاف في المجتهدات على ما بينا، وإن لم يقض فيه فعلى قول أبي يوسف يجوز وقد بيناه من قبل.

قال رحمه اللّه: (ومنقول فيه تعامل) كالكراع والخف والسلاح والفأس والمر والقدر والقدوم والمنشار والجنازة وثيابها والمصاحف وغير ذلك مما تعورف وقفها، وعند أبي يوسف لا يجوز إلا في الكراع والسلاح، والقياس أن لا يجوز في المنقول أصلاً إلا أن أبا يوسف ترك ذلك بالنص وهو ما روي عن أبي هريرة رضي اللّه عنه أنه عليه الصلاة والسلام قال: «من احتبس فرساً في سبيل اللّه إيماناً واحتساباً كان شبعه وروثه وبوله في ميزانه يوم القيامة حسنات»[1] رواه أحمد والبخاري، **وقد صح أنه عليه الصلاة والسلام قال: «في حق خالد قد حبس أدراعه وأعتاده** في سبيل اللّه تعالى»[2] والقياس يترك بالنص ومحمد تركه بالتعامل، لأن القياس يترك به كما في الاستصناع وفي الأشياء التي عددناها جرى التعامل، وعن نصير بن يحيى أنه وقف كتبه إلحاقاً لها بالمصحف من حيث أنها تمسك للدين تعليماً وتعلماً وقراءة وأكثر فقهاء الأمصار أخذوا بقول محمد، وقال الشافعي: يجوز وقف كل ما يجوز بيعه ويمكن الانتفاع به مع بقاء عينه قياساً على الكراع والسلاح، قلنا: الأصل عدم جواز الوقف فيقتصر على مورد الشرع وهو العقار والكراع والسلاح فبقي ما وراءه على أصل القياس إلا ما جرى التعامل فيه فصار كالدراهم والدنانير، ويجوز الوقف على تجهيز الجيش بالكراع والسلاح والنفقات في سبيل اللّه تعالى ويدخل في وقف الأرض **ما كان داخلاً في البيع من الأشجار والبناء دون الزرع والثمار**.

تبعاً للأرض يجوز، لأنها تبع للأرض في تحصيل ما هو المقصود منها اهـ فتح. **قوله: (وقد صح أنه عليه الصلاة والسلام قال في حق خالد: قد حبس أدراعه وأعتاده)** الأعتاد آلات الحرب من السلاح والدواب وغير ذلك واحدة عتاد بفتح العين المهملة، وقيل: عتد بفتحتين قال الجوهري: فرس عتد، وعتد بفتح التاء وكسرها المعد للحرب والعتاد العدة كذا بخط الشارح رحمه اللّه. **قوله: (ما كان داخلاً في البيع من الأشجار والبناء دون الزرع)** قال الكمال: ولا تدخل الزروع كلها إلا ما كان له أصل لا يقطع في سنته، والحاصل أن كل شجر يقطع في سنته فهو للواقف، وما لا يقطع في سنته فهو داخل في الوقف فيدخل في وقف الأرض أصول الباذنجان وقصب السكر اهـ **قوله: (والثمار)** أي ولا تدخل الثمرة القائمة وقت الوقف

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) أخرجه البخاري في الزكاة (١٤٦٨)، ومسلم في الزكاة (٩٨٣)، والنسائي في الزكاة (٢٤٦٤)، وأبو داود في الزكاة (١٦٢٣).

قال رحمه الله: (ولايملك الوقف ولا يقسم وإن وقف على أولاده) لأنه لا حق للموقوف عليهم في العين وإنما حقهم في الغلة، ولأن المقصود من الوقف أن يبقى على حكم ملك الله تعالى، والتصدق بالغلة والتملك والقسمة بين مستحقي الوقف ينافيان ذلك فلا يجوز.

قال رحمه الله: (ويبدأ من غلته بعمارته بلا شرط) لأن قصد الواقف صرف الغلة دائماً ولا يبقى دائماً إلا بالعمارة فيثبت اقتضاء من غير شرط.

قال رحمه الله: (ولو داراً فعمارته على من له السكنى) أي لو وقف داراً على سكنى شخص بعينه فإن العمارة عليه لأنه هو المنتفع بها والغرم بالغنم فصار كنفقة العبد الموصى بخدمته فإنها على الموصى له بالمنفعة.

قال رحمه الله: (**ولو أبى أو عجز عمر الحاكم** بأجرتها) لأن فيه إبقاء الوقف على ما قصده الواقف، فإذا عمرها ردها إلى من له السكنى رعاية لحقه، ولا يجبر الممتنع على العمارة لأن فيه إتلاف ماله **فصار نظير صاحب البذر في المزارعة**، ولايكون امتناعه رضاً منه ببطلان حقه **لاحتمال أن الامتناع لعدم الرضا بصرف ماله إلى العمارة** فلا يحمل على الرضا ببطلان حقه بالشك، **ولا تصح إجارة من له السكنى لأنه غير ناظر** ولا مالك،

سواء كانت مما تؤكل أو لا كالورد والرياحين ولو قال: وقفتها بحقوقها وجميع ما فيها ومنها قال هلال: لا تدخل في الوقف أيضاً ولكن في الاستحسان يلزم التصدق بها على وجه النذر لأنه لما قال: صدقة مفهومه بجميع ما فيها ومنها فقد تكلم بما يوجب التصدق اهـ كمال رحمه الله. **قوله في المتن: (ولو أبى أو عجز)** أي بأن كان فقيراً. **قوله: (عمر الحاكم)** قال الإتقاني: وذلك لأنه لو لم يعمرها يبطل الحقان حق الواقف، وهو التصدق بالمنفعة وحق من له السكنى، فإذا عمرت يبقى الحقان جميعاً غاية ما في الباب أن في العمارة تأخير حق من له السكنى، وتأخير الحق أولى من إبطاله اهـ إتقاني رحمه الله. وكتب ما نصه: قال الكمال: ولو لم يرض الموقوف عليه السكنى بالعمارة ولم يجد القاضي من يستأجرها لم أر حكم هذه في المنقول من المذهب، والحال فيها يؤدّي إلى أن يصير نقضها على الأرض كوماً تسفيه الرياح، وخطر لي أنه يخيره القاضي بين أن يعمرها فيستوفي منفعتها، وبين أن يردها إلى ورثة الواقف اهـ **قوله: (فصار نظير صاحب البذر في المزارعة)** أي كما إذا عقد عقد المزارعة وبينا من عليه البذر ثم امتنع من عليه البذر من العمل لا يجبر عليه لئلا يلزم الضرر وهو إتلاف ماله اهـ إتقاني. **قوله: (لاحتمال أن الامتناع لعدم الرضا بصرف ماله إلى العمارة إلخ)** أو لاحتمال عدم قدرته على العمارة أو لرجائه إصلاح القاضي وعمارته ثم ردها إليه اهـ **قوله: (ولا تصح إجارة من له السكنى لأنه غير ناظر)** قال الكمال: وإنما قال: آجرها الحاكم لأنه لا تصح إجارة من له السكنى وعلله بقوله: لأنه غير

لكن الحاكم يؤجرها [له][(١)] أو لغيره فيعمرها بأجرتها قدر ما تبقى على الصفة التي وقفها الواقف، ولا يزيد على ذلك إلا برضا من له السكنى لأنها بصفتها صارت مستحقة له فترد إلى ما كانت، وإن كانت وقفاً على الفقراء فكذلك في رواية حتى لا تزيد على ما كانت، **وفي رواية يجوز والأول أصح**.

قال رحمه الله: (**ويصرف/ نقضه** إلى عمارته إن احتاج وإلا حفظه للاحتياج) [١١٩/أ ٢/٢] أي إلى الاحتياج لأنه لا بد من العمارة وإلا فلا يبقى فلا يحصل صرف الغلة إلى المصرف على التأبيد فيبطل غرض الواقف فيصرفه للحال إن احتاج إليه، **وإلا يمسكه حتى يحتاج** إليه كيلا يتعذر عليه أوان الحاجة.

قال رحمه الله: (ولايقسمه **بين مستحقي الوقف**) أي لا يقسم النقض بينهم **لأنهم ليس لهم حق في العين** ولا في جزء منه، وإنما حقهم في المنافع فلا يصرف إليهم غير حقهم، وإن تعذر إعادة عينه بيع وصرف ثمنه إلى العمارة لأن البدل يقوم مقام المبدل فيصرف مصرف البدل.

مالك، وفي تقريره طريقان أحدهما أنه ليس بمالك للمنفعة بل أبيح له الانتفاع وهذا ضعيف، فإن للموقوف عليه السكنى أن يعير الدار، والإعارة تمليك المنافع بلا عوض، والمسألة في وقف الخصاف والآخر أنه ليس بمالك للعين، والإجارة تتوقف عليه لأنها بيع المنافع، والمنافع معدومة فلا يتحقق ملكها ليملكها فأقيمت العين مقام المنفعة ليرد عليها العقد فلا بد من كونها مملوكة وهو مشكل، لأنه يقتضي أن لا تصح إجارة المستأجر فيما لا يختلف باختلاف المستعمل وأن لا يصح من الموقوف عليه السكنى الإعارة لكنه يصح كما ذكرنا، فالأولى أن يقال: لأنه تملك المنافع بلا بدل فلم يملك تمليكها ببدل وهو الإجارة وإلا لملكا أكثر مما ملك بخلاف الإعارة اهـ **قوله**: (**وفي رواية يجوز الأوّل أصح**) أي عدم جواز الزيادة في البناء أصح مما قال البعض من جوازها إذا كان الوقف على الفقراء لا على رجل بعينه اهـ إتقاني. **قوله في المتن**: (**ويصرف نقضه**) النقض بضم النون اسم للبناء المنقوض كذا في ديوان الأدب اهـ إتقاني. **قوله**: (**وإلا يمسكه حتى يحتاج**) قال الكمال: وأنت تعلم أن بالانهدام تتحقق الحاجة إلى عمارة ذلك القدر فلا معنى للشرط في قوله: إن احتاج إليه وإن استغنى عنه أمسكه حتى يحتاج، وإنما المعنى أنه إن كان التهيؤ للعمارة ثابتاً في الحال صرفه إليها وإلا حفظه حتى يتهيأ ذلك، وتتحقق الحاجة فإن المنهدم قد يكون قليلاً جداً لا يخل بالانتفاع بالوقف ولايقربه من ذلك فيكون وجوده كعدمه فتؤخر حتى تحسن أو تجب العمارة، وإن تعذرت إعادته بأن خرج عن الصلاحية فذلك لضعفه ونحوه باعه وصرف ثمنه في ذلك اهـ **قوله في المتن**: (**ولا يقسمه بين مستحقي الوقف**) بلفظ الجمع وقد سقطت النون للإضافة اهـ إتقاني. **قوله**: (**لأنهم ليس**

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من المطبوع.

قال رحمه الله: (**وإن جعل الواقف غلة الوقف لنفسه** أو جعل الولاية إليه صح) أما الأول وهو ما إذا جعل غلة الوقف لنفسه فالمذكور هنا قول أبي يوسف، **وعند محمد لا يجوز** لأبي يوسف ما روي أنه عليه الصلاة والسلام «كان يأكل من وقفه»[١] ولا يحل ذلك إلا بالشرط فدل ذلك على جوازه، ولأن الوقف إزالة الملك إلى الله تعالى على وجه القربة على ما عرف من أصلهما، فإذا شرط البعض أو الكل لنفسه فقد شرط ما صار لله تعالى لنفسه وهو جائز، لا أن يجعل ملك نفسه لنفسه فصار نظير ما إذا بنى خاناً أو سقاية أوجعل أرضه مقبرة وشرط أن ينزله أو يشرب منها أو يدفن فيها، ولأن مقصوده القربة وفي الصرف إلى نفسه ذلك «قال عليه الصلاة والسلام: نفقة المرء على نفسه صدقة». **وجه قول محمد**: أن التقرب بإزالة الملك واشتراط الغلة أو بعضها لنفسه يمنع ذلك فكان باطلاً كالصدقة المنفذة، وقال الفقيه أبو جعفر: ليس في هذا عن محمد رواية ظاهرة إلا شيء ذكره في الوقف فقال: إذا وقف على أمهات أولاده جاز فقال: هذا الوقف على أمهات أولاده بمنزلة الوقف على نفسه، لأن ما يكون لأم الولد حال حياة المولى يكون للمولى، وقيل: إنه في

لهم حق في العين) أي الموقوفة لأنها حق الله اهـ **قوله في المتن: (وإن جعل الواقف غلة الوقف لنفسه إلخ)** قال في الأجناس قال في كتاب الحج لعيسى بن أبان: إذا وقف على نفسه لا يجوز في قول محمد بن الحسن، وقال أبو يوسف: يجوز ونقل في الأجناس أيضاً عن وقف هلال بن يحيى البصري[٢] لو قال: أرضي صدقة موقوفة على نفسي كان الوقف باطلاً، وكذا لو قال: صدقة موقوفة على أن غلتها إلي ما عشت لا يجوز الوقف، وكذا لو قال: صدقة موقوفة عليّ وعلى ولدي وولد ولدي ونسلي الوقف باطل، وقال الولوالجي في فتاواه: ومشايخ بلخ أخذوا بقول أبي يوسف والصدر الشهيد كان يفتي به أيضاً ترغيباً للناس في الوقف اهـ إتقاني. **قوله: (وعند محمد لا يجوز)** في الهداية: ولا يجوز على قياس قول محمد لاشتراطه التسليم إلى المتولي اهـ قال الكمال: ثم قيل: إن الاختلاف بينهما بناء على الاختلاف في اشتراط القبض، أي قبض المتولي فلما شرطه محمد منع اشتراط الغلة لنفسه، لأنه حينئذ لا ينقطع حقه فيه، وما شرط القبض إلا لينقطع حقه، ولما لم يشترطه أبو يوسف لم يمنعه، وقيل: مسألة مبتدأة غير مبنية وهذا أوجه اهـ **قوله: (وجه قول محمد إلخ)** قال الكمال: وجه قول محمد: أن الوقف تبرع على وجه التمليك للغلة أو السكنى، فاشتراط البعض أو الكل لنفسه يبطله، لأن التمليك من نفسه لا يتحقق فصار كالصدقة

---

(١) ذكره الزيلعي في نصب الراية (٣/ ٤٧٩).

(٢) هو هلال بن يحيى بن مسلم البصري المتوفى سنة (٢٤٥هـ) من آثاره: أحكام الوقف. انظر الجواهر المضية (٣/ ٥٧٢).

الصحيح على الخلاف **ذكره في الهداية** وهو ظاهر وقيل: يجوز لهن بالاتفاق لأنهن يعتقن بموته فيصرن أجنبيات فيصير اشتراطه لهن كاشتراطه للأجنبي ثم في حال حياته يجوز أيضاً تبعاً لما بعد مماته، وعلى هذا الخلاف لو شرط الواقف أن يستبدل به أرضاً أخرى إذا شاء وتكون وقفاً مكانه، أو شرط الواقف الخيار لنفسه ثلاثة أيام وهو مبني على ما ذكرنا من أن التقرب بإزالة الملك، واشتراط ما ذكر يمنع منه عند محمد خلافاً له بخلاف ما إذا شرط أن يكون الثمن له أو يتصدق به حيث لا يجوز الوقف أصلاً، وكذا إذا شرط الخيار وهو مجهول في رواية وفي رواية يجوز الوقف ويبطل الشرط، **وأما الثاني** وهو فصل اشتراط الولاية لنفسه فجائز بالإجماع، لأن شرط الواقف معتبر فيراعى كالنصوص غير أن عند محمد يسلمه ثم تكون له الولاية لأن التسليم شرط عنده وإن لم يشرطها لأحد فالولاية له عند أبي يوسف، وعند محمد لا تكون له الولاية لأنه لما ترك الشرط في ابتداء الوقف خرج الأمر من يده فصار أجنبياً عنه، ولأبي يوسف أن المتولي إنما يستفيد الولاية من جهته بشرطه فيستحيل أن لا تكون له الولاية وغيره يستفيدها منه، ولأنه أقرب الناس إليه فيكون أولى بولايته، كمن بنى مسجداً يكون أولى بعمارته ونصب القيم فيه، وكمن أعتق عبداً كان الولاء له لأنه أقرب الناس إليه، وذكر هلال في وقفه فقال: قال أقوام: إن شرط الواقف الولاية لنفسه كانت له، وإن لم/ يشترط لا تكون له ولاية يعني بعض المشايخ قالوا: ذلك [١١٩/ب/٢] قال مشايخنا: الأشبه أن يكون هذا قول محمد وقد بيناه، ولا يقال: كيف يكون هذا قول محمد والتسليم شرط عنده على ما بينا لأنا نقول: هذا لا ينافي التسليم لأنه يمكن أن يسلمه إليه ثم يأخذه منه، وذكر في النهاية أنه يحتمل أن يسقط التسليم عنده إذا شرط الولاية لنفسه **لأن شرطه يراعى**.

المنفذة بأن تصدق على فقير بمال وسلم إليه على أن يكون بعضه لي لم يجز لعدم الفائدة إذا لم يكن مملكاً على هذا التقدير إلا ما وراء ذلك القدر، فكذا في الصدقة الموقوفة وكشرط بعض بقعة المسجد لنفسه بيتاً اهـ **قوله: (ذكره في الهداية)** وهو مخالف لرواية المبسوط والتتمة والذخيرة وفتاوى قاضيخان، فإن في تلك الروايات جعل جواز الوقف عليهن بالاتفاق. **قوله: (وأما الثاني إلخ)** قال الإتقاني: وأما الفصل الثاني وهو شرط الولاية لنفسه فقد نص القدوري في مختصره على جوازه عند أبي يوسف، قال صاحب الهداية: وهو قول هلال أيضاً: وهو ظاهر المذهب ونقل الناطفي في الأجناس عن وقف هلال إذا جعل أرضه صدقة موقوفة لله أبداً، ولم يشرط الولاية لنفسه ولا لغيره، فالولاية للواقف اشترط ذلك أو لم يشترط ثم قال الناطقي: قال محمد في السير الكبير: لا ولاية للواقف إلا

قال رحمه اللّه: (وينزع لو خائناً كالوصي وإن شرط أن لا ينزع) معناه أن الواقف لو شرط الولاية لنفسه وكان هو غير مأمون على الوقف فللقاضي أن ينزعها منه، ولو شرط الواقف أن ليس للقاضي ولا للسلطان نزعه، لأنه شرط مخالف لحكم الشرع فيبطل ونظير هذا الوصي إذا كان غير مأمون ينزع منه على ما بيناه واللّه أعلم.

(فصل) قال رحمه اللّه: (ومن بنى مسجداً [لم][1] يزل ملكه عنه حتى يفرزه عن ملكه بطريقه ويأذن بالصلاة فيه، وإذا صلى فيه واحد زال ملكه) وهذا عند أبي حنيفة ومحمد، أما الإفراز فلأنه لا يخلص للّه إلا به لأنه ما دام حق العبد متعلقاً به لم يتحرر للّه، وأما الصلاة فيه فلأنه يشترط التسليم عند أبي حنيفة ومحمد، فإذا تعذر يقام تحقق المقصود مقامه أو يشترط فيه تسليم نوعه، وذلك في المسجد بالصلاة فيه ولا يشترط فيه قضاء القاضي ولا التعليق بالموت عندأبي حنيفة لحصول المقصود به بخلاف الوقف، لأن المقصود من الوقف أن يتصدق بالغلة ويحبس الأصل، ولفظه ينبئ عن ذلك والتصدق بالمعدوم لا يجوز إلا في الوصية فيجب تعليقه بالموت ليكون وصية به، أو حكم الحاكم في موضع الاجتهاد، ولذا سقط التسليم إلى القيم عند محمد لما ذكرنا، ولا يجوز في المشاع عند أبي يوسف لما بينا فصار المسجد مخالفاً للوقف عند الكل، ثم يكتفي بصلاة الواحد في رواية عن أبي حنيفة ومحمد لأن فعل الجنس كله متعذر فيشترط أدناه وعنهما أنه يشترط الصلاة بجماعة جهراً بأذان وإقامة حتى لو كان سراً بأن كان بلا أذان ولا إقامة لا يصير مسجداً، ولو جعل له إماماً ومؤذناً وهو رجل واحد فصلى فيه بأذان وإقامة صار مسجداً اتفاقاً، لأن أداء الصلاة على هذا الوجه كالجماعة، ألا ترى أن المؤذن لو صلى في المسجد على هذه الهيئة ليس لمن يجيء بعده أن يصلي بالجماعة في ذلك المسجد وهذه الرواية هي الصحيحة، لأن المساجد تبنى لإقامة الصلوات فيها بالجماعة فلا يصير مسجداً قبل حصول هذا المقصود، ولو سلم المسجد إلى متول نصبه ليقوم بمصالحه فالأصح أنه يجوز، لأن المسجد قد يكون له خادم يكنس ويغلق الباب ونحوه، وقال أبو يوسف

أن يشرطه لنفسه إلى هنا لفظ كتاب الناطفي وجه قول محمد: أن التسليم إلى القيم شرط صحة الوقف، فبعد التسليم إليه لا يبقى له ولاية إلا بالشرط السابق اهـ **قوله: (لأن شرطه يراعى)** ومن ضرورته سقوط التسليم اهـ كمال. (فصل) لما اختص المسجد بأحكام تخالف أحكام مطلق الوقف عند الثلاثة فعند أبي حنيفة لا يشترط في زوال الملك عن المسجد حكم الحاكم ولا الإيصاء به، ولا يجوز مشاعاً عند أبي يوسف، ولا يشترط

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من المطبوع.

رحمه الله: يزول ملكه بقوله: جعلته مسجداً لأن التسليم عنده ليس بشرط لأنه إسقاط لملك العبد فيصير خالصاً لله بسقوط حق العبد، وصار كالإعتاق وقد بيناه من قبل وإذا صار مسجداً على اختلافهم زال ملكه عنه وحرم بيعه فلا يورث، وليس له الرجوع فيه لأنه صار لله بقوله تعالى: ﴿وأن المساجد لله﴾ [الجن: ١٨] ولا رجوع فيما صار لله تعالى كالصدقة.

قال رحمه الله: (**ومن جعل مسجداً تحته سرداب** أو فوقه بيت وجعل بابه إلى الطريق وعزله أو اتخذ وسط داره مسجداً وأذن للناس بالدخول فله بيعه ويورث عنه) لأنه لم يخلص لله لبقاء حق العبد فيه، **والمسجد لا يكون إلا خالصاً لله** لما تلونا ومع بقاء حق العبد في أسفله أو في أعلاه أو في جوانبه محيطاً/ به لا يتحقق الخلوص [١٢٠/ أ ٢/] كله، أما إذا كان السفل مسجداً فلأن لصاحب العلو حقاً في السفل حتى لا يكون لصاحب السفل أن يحدث فيه شيئاً من غير رضا صاحب العلو، وأما إذا جعل العلو مسجداً فلأن أرض العلو ملك لصاحب السفل، وليس له من التصرفات شيء من غير رضا صاحب السفل كالبناء وغيره بخلاف مسجد بيت المقدس، فإن السرداب فيه

التسليم إلى المتولي عند محمد، أفرده بفصل على حدة وأخره اهـ **قوله في المتن: (ومن جعل مسجداً تحته سرداب)** قال في الهداية: ومن جعل مسجداً تحته سرداب أو فوقه بيت وجعل باب المسجد إلى الطريق وعزله فله بيعه وإن مات يورث عنه، قال الإتقاني: وهذا ظاهر الرواية وهو من خواص الجامع الصغير اهـ **قوله: (والمسجد لا يكون إلا خالصاً لله تعالى إلخ)** ولأن اتخاذ المسجد عرف بالشريعة، وفي الشريعة لم يكن المسجد إلا وفوقه وتحته لله، ألا ترى إلى مسجد رسول الله ﷺ الذي بناه بالمدينة وإلى المسجد الحرام الذي بناه إبراهيم صلوات الله وسلامه عليه بمكة، وإلى مسجد بيت المقدس الذي بناه داود النبي صلوات الله وسلامه عليه بالرخام والمرمر، وجعل عليه قبة من ياقوت أحمر وجعل فوق ذلك جوهراً يضيء فراسخ تغزل بضوئها النساء في ظلمة الليالي فكل مسجد لم يكن كذلك بأن لا يكون خالصاً لله لم يجز، وأورد أبو الليث هنا سؤالاً وجواباً فقال: فإن قيل: أليس مسجد بيت المقدس تحته مجتمع الماء والناس ينتفعون به قيل: إذا كان تحته شيء ينتفع به عامة المسلمين يجوز، لأنه إذا انتفع به عامة المسلمين صار ذلك لله تعالى أيضاً، وأما الذي اتخذ بيتاً لنفسه لم يكن خالصاً لله تعالى، فإن قيل: لو جعل تحته حانوتاً وجعله وقفاً على المسجد قيل: لا يستحب ذلك، ولكنه لو جعل في الابتداء هكذا صار مسجداً وما تحته صار وقفاً عليه ويجوز المسجد والوقف الذي تحته، ولو أنه بنى المسجد أولاً ثم أراد أن يجعل تحته حانوتاً للمسجد فهو مردود باطل، وينبغي أن يرد إلى حاله إلى هنا لفظ الفقيه، والسرداب بكسر السين، كذا في ديوان الأدب وهو بيت تحت الأرض

ليس بمملوك لأحد بل هو لمصالح المسجد حتى لو كان غيره مثله نقول: بأنه صار مسجداً، وأما إذا اتخذ وسط داره مسجداً فلأن ملكه محيط بجوانبه فكان له حق المنع من الدخول، والمسجد من شرطه أن لا يكون لأحد فيه حق المنع قال اللّه تعالى: ﴿ومن أظلم ممن منع مساجد اللّه أن يذكر فيها اسمه﴾ [البقرة: ١١٤] ولأنه لم يفرزه حين أبقى الطريق لنفسه فلم يخلص للّه حتى لو عزل بابه إلى الطريق الأعظم صار مسجداً، وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه أجاز أن يكون الأسفل مسجداً والأعلى ملكاً، لأن الأسفل أصل وهو يتأبد ولم يجز عكسه، وعن محمد عكسه لأن المسجد معظم، ولا تعظيم إذا كان فوقه مستعل أو مسكن بخلاف العكس، **وعن أبي يوسف أنه أجاز الوجهين** حين قدم بغداد ورأى ضيق الأماكن، **وروي عن محمد مثله حين قدم الري**، وعن أبي يوسف ومحمد أنه لو اتخذ وسط داره مسجداً صار مسجداً، وإن لم يعزل بابه إلى الطريق لأنه لما رضي بكونه مسجداً، ولا مسجد إلا بطريق دخل فيه الطريق ضرورة كما يدخل في الإجارة من غير ذكر باعتبار أنه لا يمكنه الانتفاع إلا بالطريق والانتفاع هو المقصود منها، ولو اتخذ أرضه مسجداً ليس له الرجوع فيه ولا بيعه، وكذا لا يورث عنه لتحرره للّه تعالى بخلاف الوقف عند أبي حنيفة حيث يرجع فيه ما لم يحكم به الحاكم والفرق ما بيناه، **ولو خرب ما حول المسجد** واستغنى عنه **يبقى مسجداً عند أبي يوسف** لأنه إسقاط لملكه فلا يعود إلى ملكه كالإعتاق، ألا

للتبريد اهـ مغرب اهـ إتقاني. **قوله**: (**وعن أبي يوسف أنه أجاز الوجهين**) يعني فيما إذا كان تحته سرداب وفوقه بيت اهـ **قوله**: (**وروي عن محمد مثله حين قدم الري**) قال الكمال: وهذا تعليل صحيح لأنه تعليل بالضرورة اهـ وكتب على قوله مثله: وهذه الروايات كلها خلاف ظاهر الرواية اهـ **قوله**: (**ولو خرب ما حول المسجد إلخ**) قال أبو العباس الناطفي في الأجناس: قال محمد في نوادر هشام: إذا خرب المسجد حتى لا يصلى فيه فالذي بناه إن شاء أدخله داره وإن شاء باعه، وكذلك الفرس إذا جعله حبيساً في سبيل اللّه فصار لا يستطاع أن يركب فإنه يباع ويصير ثمنها لصاحبها أو لورثته، فإن لم يعرف للمسجد بان فخرب وبنى أهل المسجد مسجداً آخر ثم أجمعوا على بيعه، واستعانوا في ثمن المسجد الآخر فلا بأس بذلك، ثم نقل الناطفي عن كتاب الصلاة إملاء مسجد باد وعطلت الصلوات فيه لم يجز لأحد أن يهدمه ولا يتخذه منزلاً ولا بيعه ذلك قال الناطفي: هذا عندي قول أبي يوسف ثم قال الناطفي في السير الكبير: إن خربت القرية التي فيها المسجد وجعلت مزارع وخرب المسجد ولا يصلي فيه أحد لا بأس بأن يأخذ صاحبه ويبيعه لمن يجعله مزرعة، ويأخذ ثمنه فيأكله أويجعله مزرعته إلى هنا لفظ رواية الأجناس اهـ إتقاني رحمه اللّه. **قوله**: (**يبقى مسجداً عند أبي يوسف**) وهو قول أبي حنيفة ومالك والشافعي وعن أحمد يباع نقضه

ترى أن المسجد الحرام استغنى عنه أهله في زمن الفترة، ولم يعد إلى ورثة الباني وعند محمد رحمه الله يعود إلى ملكه أو إلى ورثته بعد موته لأنه عينه لجهة، وقد انقطعت كالكفن إذا خرج إلى مالكه وعلى هذا حصير المسجد وحشيشه إذا استغني عنهما يرجع إلى مالكه عند محمد، وعند أبي يوسف ينتقل إلى مسجد آخر، وعلى هذا الخلاف الرباط والبئر إذا لم ينتفع بهما.

قال رحمه الله: (ومن بنى سقاية أو خاناً أو رباطاً أو مقبرة لم يزل ملكه عنه حتى يحكم به حاكم) وهذا عند أبي حنيفة، وعند أبي يوسف يزول ملكه بالقول، وعند محمد رحمه الله إذا استقى الناس من السقاية وسكنوا الخان والرباط ودفنوا في المقبرة زال الملك فكل واحد منهم بنى على أصله **من اشتراط حكم الحاكم أو التسليم** أو مجرد القول على ما بينا من قبل، ولو سلم إلى المتولي صح التسليم على قول من يرى أنه شرط، ولو جعل أرضه طريقاً فهو على هذا الخلاف ثم لا فرق في الانتفاع بمثل هذه الأشياء بين الغني والفقير حتى جاز للكل النزول في الخان والرباط والشرب من السقاية والدفن في المقبرة بخلاف الغلة، حيث لا تجوز إلا للفقراء لأن الغني مستغن بماله عن الصدقة، ولا يستغنى عما ذكرنا عادة وهي الفارقة لأنه لا يمكنه أن يستصحب هذه الأشياء عادة فكاذ محتاجاً إليها كالفقير، ولا حاجة له إلى الغلة لاستغنائه عنها بماله، وعلى هذا الوقف حتى لو وقف أرضاً ليصرف غلتها / [١٢٠ ب/٢] إلى الحاج أو إلى الغزاة أو طلبة العلم لايصرف إلى الغني منهم ذكره في المحيط في باب تسليم الوقف، وعلى هذا لو جعل داره مسكناً لأبناء السبيل في أي بلد كان يستوي فيه الغني والفقير لما ذكرنا من الفرق، وروي في الخبر عن «عثمان أن النبي ﷺ دخل المدينة وليس بها ماء يستعذب غير بئر رومة فقال: من يشتري بئر رومة فيجعل فيها دلوه مع دلاء المسلمين بخير له منها في الجنة فاشتريتها من صلب مالي»[1] رواه النسائي والترمذي، وقال: حديث حسن. فإذا جاز للواقف أن يشرب منه فما ظنك بغيره من الأغنياء.

قال رحمه الله: (**وإن جعل شيء من الطريق مسجداً** صح كعكسه) معناه إذا بنى قوم مسجداً واحتاجوا إلى مكان ليتسع فأدخلوا شيئاً من الطريق في المسجد، وكان

ويصرف إلى مسجد آخر اهـ فتح. **قوله**: (**من اشتراط حكم الحاكم أو التسليم إلخ**) وعند محمد لا بد من التسليم، ولكن في كل باب يعتبر ما يليق به، ففي الخان يحصل التسليم بالسكنى، وفي الرباط بالنزول، وفي السقاية بشرب الناس وفي المقبرة بدفنهم، ويكتفى إذا وجد هذه الأشياء من واحد لتعذر اجتماع الناس اهـ إتقاني. **قوله في المتن**: (**وإن جعل شيء**

---

(١) أخرجه الترمذي في المناقب (٣٧٠٣)، والنسائي في الإحباس (٣٦٠٨).

ذلك لا يضر بأصحاب الطريق جاز ذلك، وكذا إذا ضاق المسجد على الناس وبجنبه أرض لرجل تؤخذ أرضه بالقيمة كرهاً لما روي عن الصحابة رضي اللّه عنهم أنهم لما ضاق المسجد الحرام أخذوا أرضين بكره من أصحابها بالقيمة، وزادوا في المسجد الحرام وقوله: كعكسه أي كما جاز عكسه **وهو ما إذا جعل في المسجد ممر** لتعارف أهل الأمصار في الجوامع، وجاز لكل أحد أن يمر فيه حتى الكافر إلا الجنب والحائض والنفساء لما عرف في موضعه، وليس لهم أن يدخلوا فيه الدواب واللّه أعلم بالصواب.

من الطريق مسجداً إلخ) قال الولوالجي رحمه اللّه في فتاواه: مسجد أراد أهله أن يجعلوا الرحبة مسجداً أو المسجد رحبة، أو أرادوا أن يحدثوا له باباً أو أرادوا أن يحولوا الباب عن موضعه فلهم ذلك فإن اختلفوا ينظر أيهم أكثر وأفضل فلهم ذلك لأنه لا تعارض لانعدام التساوي اهـ وكتب ما نصه: قال الكمال: وفي كتاب الكراهية من الخلاصة عن الفقية أبي جعفر عن هشام عن محمد أنه يجوز أن يجعل شيء من الطريق مسجداً، أو يجعل شيء من المسجد طريقاً للعامة اهـ يعني إذا احتاجوا إلى ذلك، ولأهل المسجد أن يجعلوا الرحبة مسجداً، وكذا على القلب ويحولوا الباب أو يحدثوا له باباً ولو اختلفوا ينظر أيهم أكثر ولاية له ذلك، ولهم أن يهدموه ليجددوه وليس لمن ليس من أهل المحلة ذلك، وكذا لهم أن يضعوا الحباب ويعلقوا القناديل ويفرشوا الحصر كل ذلك من مال أنفسهم، وأما من مال الوقف فلا يفعل غير المتولي إلا بإذن القاضي، الكل من الخلاصة، إلا أن قوله وعلى القلب يقتضي جعل المسجد رحبة وفيه نظر، وقد ذكر المصنف في علامة النون من كتاب التجنيس قيم المسجد إذا أراد أن يبني حوانيت في المسجد أو فنائه لا يجوز له أن يفعل، لأنه إذا جعل المسجد مسكناً تسقط حرمة المسجد، وأما الفناء فلأنه تبع للمسجد اهـ ما قاله الكمال رحمه اللّه. (فروع) طريق للعامة وهي واسعة فبنى فيه أهل المحلة مسجداً للعامة ولا يضر ذلك بالطريق قالوا: لا بأس به، وهكذا روي عن أبي حنيفة ومحمد رحمهما اللّه لأن الطريق للمسلمين والمسجد لهم أيضاً، وإن أراد أهل المحلة أن يدخلوا شيئاً من الطريق في دورهم وذاك لايضر بالطريق لا يكون لهم ذلك، ولأهل المحلة تحويل باب المسجد من موضع إلى موضع. قوم بنوا مسجداً واحتاجوا إلى مكان ليتسع المسجد فأخذوا من الطريق فأدخلوه في المسجد، إذا كان ذلك يضر بأصحاب الطريق لا يجوز، وإلا فلا بأس به، ولو ضاق المسجد على الناس وبجنبه أرض لرجل تؤخذ أرضه بالقيمة كرهاً، ولو كان بجنب المسجد أرض وقف على المسجد فأرادوا أن يزيدوا شيئاً في المسجد من الأرض جاز ذلك بأمر القاضي اهـ **قوله: (وهو ما إذا جعل في المسجد ممرّ)** يوهم التخصيص بهذه الصورة وعبارة المصنف شاملة لها ولغيرها، وانظر إلى الحاشية التي كتبتها عند قوله: كعكسه اهـ

كتاب البيوع

وهو من الأضداد **يقال: باع كذا** إذا أخرجه عن ملكه أو أدخله فيه. وفي الخبر قال عليه االسلام: «لا يخطب الرجل على خطبة أخيه، ولا يبع على بيع أخيه»(١) أي: لا يشترِ على شراء أخيه لأن المنهي عنه هو الشراء لا البيع، وقال الفرزدق:

إِن الشباب لرابح من باعه ... والشيب ليس لبائعيه تجار(٢)

ويقع في الغالب على إخراج المبيع عن الملك.

قال رحمه اللّه: (هو مبادلة المال بالمال **بالتراضي**) [وهذا في الشرع **وفي اللغة**

كتاب البيوع

وفي بعض نسخ المتن البيوع اهـ ومناسبة البيع بالوقف من حيث أن في كل منهما إزالة الملك، ففي الوقف يزول الملك عن الواقف بعد حكم الحاكم من غير أن يدخل في ملك الموقوف عليه، وفي البيع يزول الملك عن البائع ويدخل في ملك المشتري، فكان الوقف كالمفرد والبيع كالمركب من أن الوقف فيه زوال بلا دخول والبيع فيه زوال ودخول والمفرد سابق على المركب فلذا أخر ذكر البيع عنه اهـ إتقاني رحمه اللّه. وكتب ما نصه: ثم البيع مصدر فقد يراد به المفعول فيجمع باعتباره كما يجمع المبيع، وقد يراد به المعنى وهو الأصل فجمعه باعتبار أنواعه، فإن البيع يكون سلماً وهو بيع الدين بالعين، وقلبه وهو البيع المطلق، وصرفاً وهو بيع الثمن بالثمن، ومقايضة بيع العين بالعين، وبخيار ومنجز أو مؤجل الثمن ومرابحة وتولية ووضيعة وغير ذلك اهـ كمال رحمه اللّه. قال الكمال: وأما مفهومه لغة وشرعاً فقال فخر الإسلام: البيع لغة مبادلة المال بالمال وكذا في الشرع، لكن زيد فيه قيد التراضي اهـ والذي يظهر أن التراضي لا بد منه لغة أيضاً فإنه لا يفهم من باعه وباع زيد عبده إلا أنه استبدل به بالتراضي، وأن الأخذ غصباً وإعطاء شيء آخر من غير تراض لا يقول فيه أهل اللغة باعه اهـ **قوله: (يقال باع كذا)** ويتعدى بنفسه وبالحرف باع زيد الثوب وباعه منه قال الكمال: وقد كتبت على هامش المجمع في باب المضاربة حاشية من المصباح نافعة هنا اهـ وكتب ما نصه: وركنه الإيجاب والقبول لأنهما يدلان على الرضا الذي تعلق به الحكم، وكذا ما كان في معناهما، وشرطه أهلية المتعاقدين

---

(١) أخرجه البخاري في الشروط (٢٧٢٣) بنحوه، ومسلم في النكاح (١٤١٢)، والنسائي في النكاح (٣٢٣٩)، وأبو داود في النكاح (٢٠٨١) واللفظ له.

(٢) انظر ديوان الفرزدق (١/٣٧٢)، ولسان العرب مادة /بيع/، ومعجم الشواهد العربية (٣/١٨١) والبيت من الكامل.

هو مطلق المبادلة من غير تقييد بالتراضي][1]، وكونه مقيداً به ثبت شرعاً لقوله تعالى: ﴿إلا أن تكون تجارة عن تراض﴾ [النساء: ٢٩] وهو جائز ثبت جوازه بالكتاب والسنة وإجماع الأمة، أما الكتاب فما تلونا وقوله تعالى: ﴿وأحل اللّه البيع وحرّم الربا﴾ [البقرة: ٢٧٥] **وأما السنة فما روي** أنه عليه السلام: «باع قدحاً وحلساً»[2] وكانوا يتبايعون فأقرهم عليه، وأما الإجماع فإن الأمة أجمعت على جوازه وأنه أحد أسباب الملك.

قال رحمه اللّه: (**ويلزم بإيجاب وقبول**) وقال الشافعي: لا يلزم به بل لهما خيار

حتى لا ينعقد من غير أهل، ومحله المال لأنه ينبئ عنه شرعاً وحكمه ثبوت الملك للمشتري في المبيع وللبائع في الثمن إذا كان باتاً، وعند الإجازة إذا كان موقوفاً اهـ اختيار. **قوله في المتن**: (**بالتراضي**) وهذا التعريف يتناول القرض أيضاً اهـ **قوله**: (**وفي اللغة هو مطلق المبادلة**) وكذا الشراء سواء كانت في مال أو غيره، قال اللّه تعالى: ﴿إن اللّه اشترى من المؤمنين أنفسهم وأموالهم﴾ [التوبة:١١١]، وقال: ﴿أولئك الذين اشتروا الضلالة بالهدى والعذاب بالمغفرة﴾ [البقرة:١٧٥]، وفي الشرع مبادلة المال المتقوّم بالمال المتقوّم تملكياً، وتملكاً فإن وجد تمليك المال بالمنافع فهو إجارة أو نكاح وإن وجد مجاناً فهو هبة اهـ اختيار. وفي مشكلات خواهر زاده قال فخر الإسلام: البيع في اللغة عبارة عن تمليك المال بالمال، وفي الشرع هكذا أيضاً وكذا الشراء والاشتراء والابتياع، وباعتبار حقيقة اللغة تقع هذه الألفاظ على فعل البائع والمشتري على سبيل الاشتراك قال تعالى: ﴿وشروه﴾ [يوسف: ٢٠] أي باعوه إلا أن في العرف اختص لفظ البيع بالبائع ولفظ الشراء والاشتراء والابتياع بالمشتري اهـ وكتب مانصه: وقال المصنف في آخر باب البيع الفاسد: قبض المشتري المبيع في البيع الفاسد بأمر البائع وكل من عوضيه مال ملك المبيع بقيمته، قال الشارح: وشرط أن يكون في العقد عوضان كل منهما مال ليتحقق ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال ليخرج عنه البيع بالميتة ونحوه والبيع مع نفي الثمن في رواية اهـ **قوله**: (**وأما السنة فما روي**) في السنن مسنداً إلى رسول اللّه صلى اللّه عليه وسلم أنه قال: «يا معشر التجار إن البيع يحضره اللغو والحلف فشوبوه بالصدقة»[3] اهـ إتقاني. **قوله في المتن**: (**ويلزم**) أي ينعقد البيع انعقاداً لازماً اهـ عيني. **قوله في المتن**: (**بإيجاب**) وهو في اللغة

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من المطبوع.

(٢) أخرجه الترمذي في البيوع (١٢١٨)، والنسائي في البيوع (٤٥٠٨)، وأبو داود في الزكاة (١٦٤١) بنحوه، وأحمد في مسنده (٣٩٥ و١١٥٥٧)، والنسائي في البيوع (٤٤٦٧)، وأبو داود في البيوع (٣٤٥٦).

(٣) أخرجه الترمذي في البيوع (١٢٠٨)، والنسائي في الأيمان والنذور (٣٧٩٧)، وأبو داود في البيوع (٣٣٢٦)، وابن ماجة في التجارات (٣١٤٥)، وأحمد في مسنده (١٥٧٠٢).

المجلس لقوله عليه السلام: «المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا»(١) إذ هما متبايعان بعد البيع وقبله متساومان، ولنا أن العقد تم من الجانبين ودخل المبيع في ملك المشتري والفسخ بعده لا يكون إلا بالتراضي لما فيه من الإضرار بالآخر بإبطال حقه كسائر العقود، وما رواه محمول على خيار القبول فإنه إذا أوجب أحدهما فلكل منهما الخيار ما داما في المجلس ولم يأخذا في عمل آخر، وفي لفظه إشارة إليه فإنهما متبايعان حالة البيع حقيقية وما بعده أو قبله مجازاً كسائر أسماء الفاعلين مثل المتجاذبين والمتضاربين فيكون التفرق على هذا بالأقوال كما في قوله تعالى: ﴿وإن

الإثبات وفي الفقه ما يذكر أولاً من كلام المتعاقدين لأنه يثبت خيار القبول للآخر انتهى شمني. وكتب على قوله بإيجاب قال الإتقاني: والإيجاب عبارة عما صدر عن أحد العاقدين أوّلاً سمي به لأن الإيجاب نقيض السلب وهو الإثبات والمتكلم منهما أوّلاً بقوله: بعت أو اشتريت، يريد إثبات العقد بشرط أن يضم إليه قول الآخر أو سمي به لأن قوله: بعت واشتريت فعل والفعل صرف الممكن من الإمكان إلى الوجود فكان قوله: بعت أو اشتريت إيجاباً، لأنه قبل التلفظ به كان في حيز الإمكان، فصار بعد التلفظ واجب الوجود لغيره، ثم سمي كلام الآخر قبولاً لما أوجبه الآخر وإن كان هو إيجاباً في الحقيقة، حتى يمتاز السابق من كلام العاقد من اللاحق اهـ وكتب عليه أيضاً قال الكمال: والإيجاب لغة الإثبات لأي شيء كان، والمراد هنا إثبات الفعل الخاص الدال على الرضا الواقع أوّلاً سواء وقع من البائع كبعت، أو المشتري كأن يبتدئ المشتري فيقول: اشتريت منك هذا بألف، والقبول الفعل الثاني وإلا فكل منهما إيجاب أي إثبات فسمي الإثبات الثاني بالقبول تمييزاً له عن الإثبات الأول، ولأنه يقع قبولاً ورضاً بفعل الأول، وحيث لم يصح إرادة اللفظين بالبيع بل حكمهما، وهو الملك في البدلين وجب أن يراد بقوله ينعقد يثبت أي الحكم، فإن الانعقاد إنما هوللفظين لا للملك، أي انضمام أحدهما إلى الآخر على وجه يثبت أثره الشرعي، وقوله في القبول إنه الفعل الثاني يفيد كونه أعم وهو كذلك، فإن من الفروع ما لو قال: كل هذا الطعام بدرهم فأكله تم البيع، وأكله حلال والركوب واللبس بعد قول البائع اركبها بمائة والبسه بكذا رضا بالبيع وكذا إذا قال: بعتكه بألف فقبضه ولم يقل شيئاً كان قبضه قبولاً، بخلاف بيع التعاطي، فإنه ليس فيه إيجاب قبض بعد معرفة الثمن فقط، وسيأتي مثله ففي جعله مسألة القبض بعد قوله: بعتكه بألف من صور التعاطي كما فعله بعضهم نظر، وفي فتاوى قاضيخان قال: اشتريت منك هذا بكذا فتصدّق به على هؤلاء ففعل البائع قبل أن يتفرقا جاز، وكذلك اشتريت منك هذا الثوب بكذا فاقطعه لي قميصاً فقطعه قبل التفرق انتهى. ما قاله الكمال رحمه الله. **قوله في المتن: (وقبول)** أي وهو ما

---

(١) أخرجه البخاري في البيوع (٢١١١)، ومسلم في البيوع (١٥٣١).

يفترقا يغن الله كلاً من سعته﴾ [النساء: ١٣٠] **لأنه إذا طلقها على على مال تحصل الفرقة بقبولها**، هذا تأويل محمد، وقال أبو يوسف: هو التفرق بالأبدان بعد الإيجاب قبل القبول، وقال عيسى: هذا أولى لما عهدنا في الشرع أن الفرقة موجبة للفساد، كما في الصرف قبل القبض، **وما ذكروه يوجب التمام** ولا نظير له في الشرع فكان ما ذكرنا أولى لكونه مراداً وما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه كان يبيع ويفارقه خطوات خشية التراد تأويل منه، وتأويل الصحابي عندنا لا يكون حجة، أو يجوز أن يكون/ فعل ذلك لقطع الاحتمال حتى لا يحتج عليه الآخر بذلك فيقطع الاحتمال بيقين إحتياطاً لئلا يحمله مخالفه عليه لا لأن مذهبه كذلك بدليل أنه قال: ما أدركت الصفقة حياً فهو من مال المبتاع أي إذا هلك بعدها، وقال عليه السلام: «من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يقبضه من غير قيد به»[(١)] وأما قوله: إذ هما متبايعان بعد البيع، فقد ذكرنا أن الحقيقة فيه حالة البيع، ولأنه يحتمل أنه عليه السلام سماهما متبايعين لقربهما من البيع كما سمى العصير خمراً و إسماعيل عليه السلام ذبيحاً، وإنما كان له خيار القبول لأنه لو لم يكن له الخيار للزم البيع من غير اختيار الآخر ولدخل في ملكه، وليس ذلك في وسع الموجب، وللموجب أن يرجع في هذه الحالة لأنه ليس فيه إبطال حق الغير بخلاف ما إذا قضى الأصيل الدين للكفيل قبل أن يقضي الكفيل، أو دفع الزكاة إلى الساعي قبل الحول، حيث لا يكون لهما أن يرجعا فيه لأن حق الكفيل والفقير تعلق به على تقدير أن يقضي الدين وأن يتم الحول والنصاب تام فلا يملك إبطاله، **وينعقد بكل لفظ ينبئ عن التحقيق** كبعت أو اشتريت أو

[١٢١/أ ٢/١]

يذكر آخراً من كلام المتعاقدين أو ما يقوم مقامه من قبض المبيع اهـ شمني. **قوله: (لأنه إذا طلقها على مال تحصل الفرقة بقبولها)** أي وإن لم يفترقا بالأبدان انتهى. **قوله: (وما ذكروه وجب التمام)** أي من أن المراد التفرق بالأقوال اهـ **قوله: (وينعقد بكل لفظ ينبئ عن التحقيق إلخ)** قال في الهداية: البيع ينعقد بالإيجاب والقبول إذا كانا بلفظ الماضي، قال الإتقاني: ثم اعلم أن اشتراط الإيجاب والقبول بأن يكونا بلفظ الماضي إذا لم يوجد نية الحال من لفظ المستقبل، فإذا وجدت تنعقد بلفظ المستقبل أيضاً، ألا ترى إلى ما قال في شرح الطحاوي ثم عقد البيع تارة ينعقد بلفظين وتارة ينعقد بثلاثة ألفاظ، فأما الذي ينعقد بلفظين نحو أن يكون لفظ المتعاقدين على الماضي أو على الإيجاب في الحال، أما الماضي فنحو أن يقول البائع: بعت منك هذا العبد بألف درهم، فقال الآخر: أخذت أو قبلت تم البيع، ولو بدأ المشتري فقال: اشتريت منك هذا العبد بألف درهم، فقال البائع:

---

(١) أخرجه البخاري في البيوع (٢١٣٣)، ومسلم في البيوع (١٥٢٦)، والترمذي في البيوع (١٢٩١) بلفظ حتى «يستوفيه»، والنسائي في البيوع (٤٥٩٦).

رضيت أو أعطيتك **أو خذه بكذا**، والإرسال والكتاب كالخطاب **حتى يعتبر مجلس أدائهما**، وليس له أن يقبل بعض المبيع دون البعض وإن فصل الثمن إلا إذا كرر البائع لفظة بعت مع ذكر الثمن لكل واحد عند أبي حنيفة، وعندهما له ذلك إن فصل الثمن بأن قال: بعتك هذين كل واحد بكذا، أو بعتك هذه العشرة كل واحد منها بكذا بناء على أن البيع يتعدّد بتكرار لفظة بعت عنده وعندهما بتفصيل الثمن، وكذا ليس له أن يفرق في القبض عند اتحاد العقد بإيفاء ثمن البعض أو إبرائه أو تأجيله.

قال رحمه اللّه: (وبتعاط) أي **يلزم بالتعاطي** أيضاً **ولا فرق بين أن يكون المبيع خسيساً أو نفيساً**، **وزعم الكرخي أنه ينعقد به في شيء خسيس** لجريان العادة ولا ينعقد

بعت، أو قال: هو لك تم البيع بينهما بلفظين، وأما الإيجاب فنحو أن يقول البائع: أبيع منك هذا العبد بألف درهم، وأراد به إيجاب البيع في الحال، وقال المشتري: قبلت أو اشتريت، أو يقول المشتري: أشتري منك هذه الجارية بألف درهم، وأراد به الإيجاب، فقال البائع: بعت تم البيع بينهما، وأما الذي ينعقد بثلاثة ألفاظ نحو أن يكون لفظ أحدهما بلفظ الأمر نحو أن يقول البائع للمشتري: اشتر مني هذا العبد بألف درهم، فقال المشتري: اشتريت، فلا يتم البيع ما لم يقل البائع: بعت، أو يقول المشتري للبائع: بع مني هذا العبد بألف درهم، فقال: بعت فلا يتم البيع بينهما ما لم يقل المشتري: اشتريت، أو يقول البائع للمشتري: اشتريت مني هذا العبد بألف درهم على سبيل السؤال، فقال المشتري: اشتريت، فلا يتم البيع ما لم يقل البائع: بعت أو يقول المشتري للبائع: أتبيع مني هذا العبد بألف درهم، فقال البائع: بعت، فلا يتم البيع ما لم يقل المشتري ثانياً: اشتريت، إلى هنا لفظ رواية شرح الطحاوي. **قوله: (أوخذه بكذا)** قال الكمال: وكذا لفظ خذه بكذا ينعقد به إذا قبل بأن قال: أخذته ونحوه، لأنه وإن كان مستقبلاً لكن خصوص مادّته أعني الأمر بالأخذ يستدعي سابقة البيع فكان كالماضي، إلا أن استدعاء الماضي سبق البيع بحسب الوضع، واستدعاء خذه سبقه بطريق الاقتضاء، فهو كما إذا قال: بعتك عبدي هذا بألف، فقال: فهو حر، عتق ويثبت اشتريت اقتضاء، بخلاف ما لو قال: هو حر بلا فاء لا يعتق اهـ كمال. **قوله: (حتى يعتبر مجلس أدائهما)** أي ويصح رجوعه عن ذلك بعدما كتب وبعدما أرسل قبل قبول الآخر سواء علم الرسول أو لم يعلم، بخلاف ما إذا عزل الوكيل بغير علمه فإنه لا ينعزل اهـ غاية. **قوله: (يلزم بالتعاطي)** أي وهو الأخذ والإعطاء اهـ **قوله: (ولا فرق بين أن يكون المبيع خسيساً أو نفيساً)** قيل النفيس نصاب السرقة فصاعداً والخسيس ما دونه اهـ فتح. **قوله: (وزعم الكرخي أنه ينعقد به في شيء خسيس)** قال الكمال: وأراد بالخسيس الأشياء المحقرة كالبقل والرغيف والبيض والجوز استحساناً

في النفيس لعدمها، والصحيح الأول لأن جواز البيع باعتبار الرضا لا بصورة اللفظ وقد وجد التراضي من الجانبين فوجب أن يجوز، ثم اختلفوا فيما يتم به بيع التعاطي قيل: يتم بالدفع من الجانبين وأشار محمد أنه يكتفي بتسليم المبيع.

قال رحمه اللّه: (وأي قام عن المجلس قبل القبول بطل الإيجاب) معناه إذا أوجب أحدهما البيع ثم قام أحدهما الموجب أو الآخر قبل القبول بطل الإيجاب، **لأن القيام دليل الإعراض** والرجوع فيبطل به كسائر عقود المبادلة، بخلاف الخلع والعتق على مال حيث لا يبطل بقيام الزوج والمولى لأنه يمين من جهتهما، والقبول شرط والأيمان لا تبطل بالقيام، وعند الشافعي رحمه اللّه خيار القبول لا يمتد إلى آخر المجلس بل هو على الفور، ولنا أنه يحتاج إلى التروي والفكر والتأمل، فجعل ساعات المجلس كساعة واحدة إذ هو جامع للمتفرقات وبه يندفع الحرج، وفيما قاله الشافعي رحمه اللّه حرج بين وهو منتف بالنص، قال اللّه تعالى: ﴿يريد اللّه بكم اليسر ولا يريد بكم العسر﴾ [البقرة:١٨٥]، وقال عليه السلام: «يسروا ولا تعسروا»[١].

قال: (ولا بد من معرفة قدر ووصف ثمن غير مشار) لأن جهالتهما تفضي إلى النزاع المانع من التسليم والتسلم فيخلو العقد عن الفائدة، وكل جهالة تفضي إليه **يكون مفسداً**.

قال: **(لا مشار)** أي لا يحتاج إلى معرفة القدر والوصف في المشار إليه من

للعادة قال أبو معاذ: رأيت سفيان الثوري جاء إلى صاحب الرمان فوضع عنده فلساً وأخذ رمانة ولم يتكلم ومضى اهـ فتح. **قوله: (لأن القيام دليل الإعراض)** قال الكمال: إلا أن للمجلس أثراً في جمع المتفرقات وبالقيام لا يبقى المجلس اهـ وكتب على قوله لأن القيام دليل الإعراض ما نصه: قال الكمال رحمه اللّه: وله أن يقبل ما دام المجلس قائماً فإن لم يقبل حتى اختلف المجلس لا ينعقد، واختلافه بما يدل الإعراض من الاشتغال بعمل آخر ونحوه، أما لو قام أحدهما ولم يذهب فظاهر الهداية وعليه مشى جمع أنه لا يصح القبول بعد ذلك، وإليه ذهب قاضيخان حيث قال: فإن قام أحدهما بطل الإيجاب لأن القيام دليل الإعراض، وقال الشيخ الإسلام في شرح الجامع: إذا قام البائع ولم يذهب عن ذلك المكان ثم قبل المشتري صح، وإليه أشير في جمع التفاريق اهـ **قوله: (تكون مفسدة)** الذي بخط الشارح يكون مفسداً اهـ وكتب على قوله: تكون مفسدة ما نصه كما في السلم، فإن معرفة قدر المسلم فيه شرط لجواز العقد، والحاصل أن الأعراض إذا كانت غير مشار إليها سواء كان ثمناً أو مثمناً يشترط فيها معرفة المقدار في المبيع ومعرفة مقدار الثمن ووصفه

---

(١) أخرجه البخاري في العلم (٦٩)، ومسلم في الجهاد والسير (١٧٣٢)، وأبو داود في الأدب (٤٨٣٥)، وأحمد في مسنده (٢١٣٧).

الثمن أو المبيع لأن الإشارة أبلغ أسباب التعريف وجهالة وصفه / وقدره بعد ذلك لا [١٢١ ب/٢] تفضي إلى المنازعة، فلا يمنع الجواز لأن العوضين حاضران، بخلاف الربوي إذا بيع بجنسه حيث لا يجوز جزافاً لاحتمال الربا، وبخلاف رأس مال السلم حيث لا يجوز إذا كان من المقدرات إلا أن يكون معروف القدر عند أبي حنيفة على ما يجيء بيانه في موضعه.

قال: (وصح بثمن حال وبأجل معلوم) معناه إذا بيع بخلاف جنسه ولم يجمعهما قدر لقوله تعالى: ﴿وأحل الله البيع﴾ [البقرة: ١٨٥] من غير فصل وعنه عليه السلام «أنه اشترى من يهودي إلى أجل ورهنه درعه»(١)، ولا بد أن يكون الأجل معلوماً لأن الجهالة فيه تفضي إلى المنازعة.

قال: (ومطلقه على النقد الغالب) أي: مطلق الثمن يقع على غالب نقد البلد، ومراده من الإطلاق هنا أن يكون مطلقاً عن قيد البلد وعن قيد وصف الثمن بعد أن سمى قدره بأن قال عشرة دراهم مثلاً، فإذا كان كذلك ينصرف إلى المتعامل به في بلده لأن المعلوم بالعرف كالمعلوم بالنص لا سيما إذا كان فيه تصحيح تصرفه.

قال: (وإن اختلفت النقود فسد إن لم يبين) وهذا إذا كان الكل في الرواج سواء وفي المالية مختلفة، لأن مثل هذه الجهالة مفضية إلى المنازعة، فتفسد إلى أن ترفع بالبيان فإن كانت في الرواج مختلفة ينصرف إلى غالب نقد البلد على ما بينا، وإن كانت في المالية سواء جاز البيع كيفما كان، غير أنه إن كان أحدهما أروج انصرف إليه لما ذكرنا، وإن كانت في الرواج سواء كالأحادي والثنائي والثلاثي جاز، لأن مالية كل واحد سواء غير أن الأول كل واحد منه درهم، والثاني كل اثنين منه درهم، والثالث كل ثلاثة منه درهم، ونظيره الكاملي والعادلي والظاهري والمنصوري **والناصري** اليوم [بمصر](٢)، فإذا اشترى بدراهم معلومة فأعطى من أيها شاء جاز لأنه لا منازعة فيها ولا اختلاف في المالية.

قال: (**ويباع الطعام كيلاً** وجزافاً) لأنه بكل واحد منهما [يصير](٢) معلوماً أما

اهـ عيني. **قوله في المتن**: (**لا مشار**) بالرفع كما اقتضاه صنيع العيني في شرحه اهـ وكتب على قوله: لا مشار ما نصه: لا يشترط معرفة قدر ووصف مشار فحذف المضاف وأقام مشاراً مقامه اهـ **قوله**: (**والناصري**) مات الناصري محمد بن قلاوون سنة سبعمائة وإحدى وأربعين ومات الشارح رحمه الله سبعمائة وثلاثة وأربعين اهـ **قوله في المتن**: (**ويباع الطعام**

---

(١) أخرجه البخاري في البيوع (٢٢٠٠)، ومسلم في المساقاة (١٦٠٣)، والنسائي في البيوع (٤٦٠٩)، وابن ماجة في الأحكام (٢٤٣٦)، وأحمد في مسنده (٢٤٧٤٦).

(٢) ما بين معكوفتين زيادة من المطبوع.

المكايلة فظاهر، **وأما الجزاف فلما بينا** في المشار إليه، ومراده بالجزاف إذا باعه بخلاف جنسه ولم يكن رأس مال السلم على ما بيناه في المشار إليه، وبجنسه لا يجوز إلا إذا كان قليلاً وهو ما دون نصف الصاع.

قال: (وبإناء أو حجر بعينه لا يعرف قدره) لأن هذه الجهالة لا تفضي إلى المنازعة وهي المانعة لا مجرّداً لجهالة، فصار كالمجازفة وكبيع شيء لا يعرف وصفه بالإشارة ولا يتوهم هلاكه قبل التسليم، لأن تسليمه يجب في المجلس بخلاف السلم لأن التسليم فيه متأخر إلى حلول الأجل فيحتمل هلاكه، والاحتمال فيه ملحق بالحقيقة، وهذا إذا كان الإناء لا ينكبس بالتكبيس ولا ينقبض ولا ينبسط كالقصعة والخزف، وأما إذا كان ينكبس كالزنبيل[١] والقفة[٢] فلا يجوز، إلا في قرب الماء استحساناً للتعامل فيه، روي ذلك عن أبي يوسف رحمه اللّه، وكذا إذا كان الحجر يتفتت، وكذا إذا باعه بوزن شيء يخف إذا جف كالخيار والبطيخ، وعن أبي حنيفة وأبي يوسف لا يجوز بوزن حجر ولا بإناء لا يعرف مقداره، لأن هذا جزاف وشرط جواز الجزاف أن يكون مميزاً مشاراً إليه، ولو كاله به ورضي المشتري به جاز لأنه صار مميزاً مشاراً إليه، وإن باعه بعد ذلك قبل أن يعيد الكيل جاز لأنه اشتراه مجازفة فكان المستحق هو المشار إليه.

قال: (**ومن باع صبرة كل صاع** بدرهم صح في صاع) وهذا عند أبي حنيفة وقالا: جاز في الكل **لأن المبيع معلوم بالإشارة** لأن المشار إليه لا يحتاج إلى معرفة مقداره لجواز البيع وجهالة الثمن بأيديهما رفعهما فيجوز، كما لو باع عبداً من عبدين على أن يأخذ أيهما شاء، بخلاف ما إذا آجر داره كل شهر بدرهم، حيث لا يجوز إلا في شهر واحد لأن الشهور لا نهاية لها فلا يمكن إزالة الجهالة فيها فيصرف إلى الأقل كما إذا قال لفلان: على كل درهم/ يلزمه درهم واحد بخلاف ما إذا قال: كل امرأة أتزوجها طالق، حيث ينصرف إلى الكل لعدم إفضائه إلى المنازعة، ولأبي حنيفة أن الثمن مجهول وذلك مفسد، غير أن الأقل معلوم فيصح فيه للتيقن به، وما عداه مجهول [١٢٢/١ ٢]

كيلاً) أي من جهة الكيل اهـ عيني. **قوله: (وأما الجزاف فلما بيناه)** أي من أنه بالإشارة ترتفع الجهالة اهـ **قوله في المتن: (ومن باع صبرة)** هي اسم لكوم من الحب اهـ عيني. **قوله في المتن: (كل صاع)** بالنصب بدل من صبرة اهـ **قوله: (لأن المبيع معلوم بالإشارة)** أي إلى

---

(١) الزنبيل: القفة أو الجراب ويجمع على زبل وزبلان والزنبيل يجمع على زنابيل. القاموس المحيط المعجم الوسيط مادة /زبل/.

(٢) القفة هي الزنبيل. القاموس والمعجم الوسيط مادة /قفف/.

فيفسد كما إذا باع الثوب برقمه بخلاف ما استشهدا به لأن الرافع للجهالة هنا وهو الكيل متأخر عن العقد، وفي تلك مقارن لأن اختياره موجود حالة التبايع، ثم إذا جاز في قفيز واحد عنده يثبت له الخيار لتفرق الصفقة عليه، ولو كاله في المجلس جاز بالإجماع لزوال المانع قبل تقرر الفساد، وكذا إذا سمى جملة القفزان وله الخيار فيهما لأنه علم في ذلك الوقت فصار كما لو ظهر له بالإيجاب، وكما لو اشترى ما لم يره فرآه وإن افترقا قبل أن يعرف فسد فلا ينقلب صحيحاً بعد المجلس، بخلاف ما إذا شرط الخيار أربعة أيام حيث يعود صحيحاً بإزالة المفسد بعد الافتراق؛ لأن المفسد فيه لم يتمكن في صلب العقد بل باعتبار اليوم الرابع فيعود صحيحاً قبل مجيئه، وهنا تمكن فيه فيتقيد بالمجلس.

قال رحمه اللّه: (**ولو باع ثلة**) أي: جماعة ومراده من الغنم (أو ثوباً كل شاة بدرهم أو كل ذراع بدرهم فسد في الكل) وهذا عند أبي حنيفة رحمه اللّه، وعندهما يجوز في الكل لما ذكرنا أن رفع هذه الجهالة بأيديهما لما أن لها نهاية وله ما ذكرنا من الجهالة إلا أن الواحد متيقن به فينصرف إليه، غير أن أفراد الشياه متفاوتة فلا يجوز بيع واحد منها فيفسد، وقطع ذراع من ثوب يكون ضرراً على الباقي فلا يجوز كما لو باع جذعاً من سقف، وعلى هذا كل عددي متفاوت.

قال: (**ولو سمى الكل صح** في الكل) يعني: لوسمى جملته في العقد جاز في الكل في الفصلين في فصل الصبرة، وفي فصل الشياه ونحوه لزوال المانع، وكذا إذا سمي بعد العقد في المجلس لما ذكرنا وهو يتأتى على قوله، وعلى قولهما لا يتأتى لجوازه بدونه.

قال: (ولو نقص كيل أخذ بحصته أو فسخ، وإن زاد فللبائع) يعني لو باع صبرة وسمى جملتها بأن قال: بعتكها على أنها مائة قفيز بمائة درهم ثم وجدها ناقصة **أخذ الموجود بحصته** إلى آخره لأنها من المقدرات فيتعلق العقد بقدرها **وإن لم يسم** قسط

الجملة والثمن معلوم بالعدّ وبه قالت الثلاثة اهـ عيني. **قوله**: (**وله الخيار فيهما**) أما قبل التسمية والكيل ففي صاع، وأما بعدهما ففي الكل اهـ عيني. **قوله في المتن**: (**ولو باع ثلة**) بفتح الثاء المثلثة وتشديد اللام وهي القطيع من الغنم اهـ عيني. **قوله في المتن**: (**ولو سمى الكل صح**) أي بأن قال: مائة شاة بمائة درهم أو مائة ذرا ع بمائة اهـ عيني. **قوله**: (**أخذ الموجود بحصته**) أي لأن الثمن ينقسم بالأجزاء على أجزاء المبيع المثلي مكيلاً أو موزوناً اهـ كمال. **قوله**: (**وإن لم يسم إلخ**) قال الإتقاني: واعلم أن المبيع إذا كان كيلياً يتعلق العقد بما سمي من الكيل مثل أن قال: بعت هذه الصبرة على أنها مائة قفيز بمائة درهم ولا يتفاوت الحكم بين أن يسمى لكل قفيز ثمناً بأن قال: كل قفيز بكذا أو لم يسم فأوجد

كل قفيز فإذا تعلق بقدرها **فإن وجدها ناقصة** فله الخيار **إن شاء أخذها بحصتها** وإن شاء تركها **لتفرق الصفقة عليه**، وإن وجدها زائدة فالزائد للبائع لأنه لم يدخل في البيع **إلا القدر المسمى فبقي على ملكه إذ القدر ليس بوصف**.

قال: (ولو نقص ذراع أخذ بكل الثمن أو ترك، وإن زاد فللمشتري **ولا خيار للبائع**) **معناه**: **إذا باع** مذروعاً وسمى جملة الذرعان ولم يسم لكل ذراع ثمناً ثم وجده ناقصاً أخذبكل الثمن وإن شاء ترك إلى آخرما ذكر، لأن الذراع وصف للمذروع فلا ينقسم الثمن على الأوصاف فيكون كل الثمن مقابلاً بالعين كلها بخلاف الأوّل، غير أنه إن وجده ناقصاً يثبت له الخيار لفوات وصف مرغوب فيه مشروط في العقد، وإن وجده زائداً فهو له بذلك الثمن لأن الوصف لا يقابله شيء من الثمن، ولا خيار للبائع **كما إذا شرط معيباً فوجده سليماً** وبالعكس، وهو ما إذا شرط سليماً فوجده معيباً للمشتري الخيار، والدليل على أنه وصف أنه عبارة عن الطول والعرض، ويجوز للمشتري أن يبيعه بعد القبض قبل أن يذرعه، ولو كان قدراً لما جاز لاحتمال أن يزيد فيكون للبائع كما في المكيل والموزون.

قال: (ولو قال: كل ذراع بكذا ونقص **أخذه بحصته أو ترك**، وإن زاد أخذ كله كل ذراع بكذا أو فسخ) معناه أنه إذا قال: بعتكه على أنه عشرة أذرع كل ذراع بدرهم مثلاً فوجوده ناقصاً فهو بالخيار إن شاء/ أخذه بحصته وإن شاء تركه، **وإن وجده زائداً أخذه كله كل ذراع بدرهم أو فسخ**، لأن الذراع وإن كان وصفاً يصلح أن [١٢٢ب/٢]

المسمى كما قدّر فهو للمشتري بلا خيار اهـ **قوله**: (**فإن وجدها ناقصة**) أي عن المائة انتهى. **قوله**: (**إن شاء أخذها بحصتها**) أي من الثمن وطرح حصة النقصان، لأن القفزان لما كانت معقوداً عليها انقسم الثمن عليها، قال في شرح الطحاوي: وكذلك هذا الحكم في جميع الكيليات وكذلك هذا الحكم في جميع الوزنيات التي ليس في تبعيضها مضرة انتهى إتقاني. **قوله**: (**لتفرق الصفقة عليه**) أي لأن العقد ورد على جملة معلومة فإذا نقصت يلزم تفرق الصفة لا محالة اهـ **قوله**: (**إلا القدر المسمى**) أي وهو مائة قفيز انتهى. **قوله**: (**فبقي على ملكه**) أي الزائد على المائة انتهى. **قوله**: (**إذ القدر ليس بوصف**) أي القدر الزائد ليس وصفاً بل هو الأصل انتهى. **قوله**: (**ولا خيار للبائع**) اعلم أن الذرعيات يختلف الجواب فيها بين أن يسمى لكل ذراع ثمناً بأن قال: كل ذراع بكذا وبين أن لا يسمى لم يكتب المحشي. **قوله**: (**معناه إذا باع**) أي ثوباً على أنه عشرة أذرع بعشرة، أو أرضاً على أنها مائة ذراع بمائة انتهى غاية. **قوله**: (**كما إذا شرط معيباً فوجده سليماً**) أي كما إذا باع عبداً على أنه أعمى فوجده المشتري بصيراً حيث لا خيار اهـ إتقاني. **قوله**: (**أخذ بحصته أو ترك**) أي لفوات الوصف المرغوب فيه اهـ عيني. **قوله**: (وإن **وجده** زائداً **أخذه كله كل ذراع بدرهم** أو

يكون أصلاً لأنه عين ينتفع به بانفراده، فإذا سمى لكل ذراع ثمناً جعل أصلاً وإلا فهو وصف فإذا صار أصلاً فإن وجده ناقصاً أخذه بحصته ويثبت له الخيار لتفرق الصفقة عليه، وإن وجده زائداً فهو بالخيار أيضاً إن شاء أخذه كله كل ذراع بدرهم وإن شاء تركه، لأنه إن حصل له الزيادة في المبيع تلزمه الزيادة في الثمن فكان فيه نفع يشوبه ضرر فيخير، وليس له أن يأخذ القدر المسمى ويترك الزائد لأن التبعيض يضر البائع بخلاف الصبرة، ألا ترى أنه لا يجوز أن يبيع بعض المذروع ابتداء وفي الصبرة يجوز، لأن ذلك معلوم، ولما كان الذراع يصلح أن يكون أصلاً اعتبر أصلاً في حق انقسام الثمن على الذرعان وبقي وصفاً في حق غيره من الأحكام كدخول الفاضل في المبيع وإن سمى لكل ذراع ثمناً.

فسخ) وأصل هذا أن الذراع في المذروعات وصف لأنه عبارة عن طول فيه لكنه وصف يستلزم زيادة أجزاء، فإن لم يفرد بثمن كان تابعاً محضاً فلا يقابل بشيء من الثمن، وذلك فيما إذا قال: على أنها مائة بمائة ولم يزد على ذلك وإذا كان تابعاً محضاً في هذه الصورة، والتوابع لا يقابلها شيء من الثمن كأطراف الحيوان حتى أن من اشترى جارية فاعورّت في يد البائع قبل التسليم لا ينقص شيء من الثمن أو اعورّت عند المشتري جاز له أن يرابح على ثمنها بلا بيان فعليه تمام الثمن في صورة النقص وإنما يتخير لفوات الوصف المشروط المرغوب فيه، كما إذا اشتراه على أنه كاتب فوجده لا يحسن الكتابة وله الزيادة في صورة الزيادة، كما إذا باعه على أنه بعيب فوجوده سليماً هذا إن لم يفرد بالثمن فإن أفرد بالثمن، وهو إذا قال: على أنها مائة بمائة كل ذراع بدرهم صار أصلاً وارتفع عن التبعية فنزل كل ذراع بمنزلة ثوب ولو باعه هذه الرزمة من الثياب على أنها مائة ثوب كل ثوب بدرهم فوجدها ناقصة يخير بين أن يأخذ الأثواب الموجودة بحصتها من الثمن وبين أن يفسخ لتفرق الصفقة، فكذا إذا وجد الذرعان ناقصة في هذه الصورة وهذا لأنه لو أخذها بكل الثمن لم يمكن أخذ كل ذراع بدرهم ولو وجدها زائدة لم تسلم له الزيادة لصيرورته أصلاً كما لم يسلم له الثوب المفرد فيما إذا زاد عدد الثياب على المشروط، وإن كان بينهما فرق فإن عدد الثياب إذا زاد فسد البيع للزوم جهالة المبيع لأن المنازعة تجري في تعيين الثوب الذي يرد إلى البائع بسبب أنه أصل من كل وجه ليفسد فيثبت له الخيار بين أن يأخذ الزائد بحصته وبين أن يفسخ لأنه وإن صح له أخذ الزائد لكنه بضرر يلحقه وهو زيادة الثمن ولم يكن يلتزم هذه الزيادة بعقد البيع فكان له الخيار، وإذا ظهر أنهم اعتبروا الطول وصفاً تارة وأصلاً أخرى ولم يعتبروا القدر في المثليات إلا أصلاً دائماً مع أن الطول والعرض أيضاً يرجع إلى القدر ويمكن أن يجعل القدر وصفاً احتيج إلى الفرق فقيل: لأن المثل لا ينقص قيمته بنقصان القدر فإن الصبرة الكائنة مائة قفيز ولو صارت قفيزين في

قال: (وفسد بيع عشرة أذرع من دار لا أسهم) أي: لا يفسد بيع عشرة أسهم من دار وهذا مشكل فإنه لو باع عشرة أسهم من دار وغيرها ولم يقل من مائة سهم ونحوه يفسد لأنه مجهول لا تعرف نسبته إلى جميع الدار، بخلاف ما إذا قال: عشرة أسهم من مائة سهم أو من ثلاثين مثلاً حيث يجوز لأنه معلوم عشر أو ثلث، ولعل الشيخ قصد هذا ولكن إجحافه في الاختصار أداه إليه، وقوله: وفسد بيع عشرة أذرع من دار هو قول أبي حنيفة رحمه اللّه، واختلف المشايخ على قولهما فمنهم من قال: لا يجوز عندهما للجهالة بمنزلة ما لو اشترى سهماً منها عشرة أسهم منها ولم يقل من كذا سهماً، **ومنهم من قال: يجوز لأن هذه الجهالة يمكن رفعها بالذرع** فتعرف فلا تفضي إلى المنازعة، **بخلاف ما لو اشترى سهماً منها أو عشرة** أسهم، **إذ لا يمكن رفع الجهالة فيه، ولو باع عشرة أذرع من مائة ذراع** فسد عنده، وعندهما يجوز **إذا كانت الدار** مائة ذراع لأنه عشرها **فأشبه عشرة أسهم من مائة سهم**، وله أن الذراع اسم لآلة يذرع بها

الغلة لم تنقص قيمة القفيز بخلاف الثوب والأرض، ألا ترى أن الثوب الذي عادته عشرة وهو قدر ما يفصل قباء أو فرجية كان بثمن إذا قسم على أجزائه يصيب كل ذراع منه مقدار ولو أفرد الذراع وبيع بمفرده لم يساو في الأسواق ذلك المقدار بأقل منه بكثير وذلك لأنه لا يفيد الغرض الذي يصنع بالثوب الكامل فعلمنا أن كل جزء منه لم يعتبر كثوب كامل مفرد اهـ فتح. **قوله**: (**ومنهم من قال: يجوز**) أي عندهما وهو الأصح انتهى ابن فرشتا. **قوله**: (**لأن هذه الجهالة يمكن رفعها بالذرع**) أي بأن يذرع جميع الدار فيعرف أن المبيع عشرها أو خمسها انتهى. **قوله**: (**بخلاف مالو اشترى سهماً منها أو عشرة**) أي ولم يقل: من كذا سهماً انتهى إتقاني. **قوله**: (**إذ لا يمكن رفع الجهالة فيه**) أي فكانت مفسدة للعقد اهـ إتقاني. **قوله**: (**ولو باع عشرة أذرع من مائة ذراع**) قال الكمال رحمه اللّه: قوله ومن باع عشرة أذرع من مائة ذراع من دار أو حمام فالبيع فاسد عند أبي حنيفة وقالا: هو جائز وبه قال الشافعي: وإن اشترى عشرة أسهم من مائة سهم جاز في قولهم جميعاً، ومبنى الخلاف على أن المؤدى من بيع عشرة أذرع من مائة ذراع معين أو شائع فعندهما شائع كأنه باع عشر مائة وبيع الشائع جائز اتفاقاً كما في بيع عشرة أسهم من مائة سهم وعنده مؤداه قدر معين والجوانب مختلفة الحدود فتقع المنازعة في تعيين مكان العشرة فيفسد البيع، فلو اتفقوا على أن مؤدى عشرة أذرع من مائة من هذه الدار شائع لم يختلفوا ولو اتفقوا على أنه متعين لم يختلفوا فهو نظير اختلافهم في نكاح الصائبة مبني على أنهم يعبدون الكواكب ولا كتاب لهم أو لهم كتاب فلو اتفقوا على الثاني اتفقوا على جوازه أو على الأول اتفقوا على عدم الجواز فالشأن في ترجيح المبني انتهى. **قوله**: (**إذا كانت الدار إلخ**) قال الإتقاني معنى قوله: وقالا: هو جائز إذا كانت الدار كلها مائة ذراع هكذا ذكر الصدر الشهيد والإمام الزاهد

واستعير لما يحله الذراع وهو معين لا مشاع، ثم لا يعلم محله من أي الجوانب هو على التعيين فلا يجوز كما لو باع أحد العبدين، بخلاف ما إذا باع عشرة أسهم من مائة سهم لأنه شائع فلا يفضي إلى المنازعة، وذكر الخصاف أن الفساد عنده إذا لم يعلم جملة الذرعان، وأما إذا علم جملتها فيجوز عنده فجعلها نظير بيع شياه من القطيع كل شاة بدينار فإنه إن علم عددها جملة يجوز عنده وإلا فلا، والصحيح أنه لا يجوز عنده مطلقاً لما ذكرنا.

قال: (**وإن اشترى عدلاً** على أنه عشرة أثواب فنقص أو زاد فسد) يعني إذا اشتراه بعشرة دنانير مثلاً ولم يبين ثمن كل ثوب، ثم إذا وجده ناقصاً أو زائداً فسد

العتابي في شرحيهما[1] ويفهم هذا القيد من تعليلهما أيضاً لأن العشرة إنما تكون عشر الدار إذا كان كلها مائة، أما إذا كان أقل من ذلك أو أكثر فلا وجه قولهما: أن بيع عشر الدار جائز بالإجماع، والعشرة الأذرع من المائة عشر فجاز، ولهذا يجوز بيع عشرة أسهم من مائة سهم منها إجماعاً، ووجه قول أبي حنيفة: أن البيع وقع على قدر من الدار معين لا عن شائع، وذلك القدر مجهول في نفسه لأن موضعه لا يعلم أمن جانب شرقي هو أو من جانب غربي أو من غيرهما فيصير هو تابعاً في الحقيقة عشرة أذرع عيناً من الدار، وتلك الأذرع مجهولة في نفسها فلا يصح بيع المجهول فصار كأنه باع بيتاً من بيوت الدار ولم يعين البيت أو باع قسماً من الأقسام من الدار المقسومة على ثلاث، وهذا لأن القسم ليس باسم للشائع بل هو اسم لجزء مقدّر معين، لكنه لما كان مجهولاً في نفسه لجهالة موضعه لم يجز البيع بخلاف عشر الدار أو بيع عشرة أسهم من مائة سهم من الدار لأن العشر اسم آخر لشائع معلوم في نفسه، وكذلك عشرة أسهم من مائة سهم فإنها عشر أيضاً والسهم لا يشبه الذراع، ألا ترى أن ذراعاً من مائة ذراع مثل ذراع من عشرة فظهر الفرق وبيان ما قلنا: أن البيع وقع على قدر معين من الدار لا على شائع، إذ الذراع في الأصل اسم لخشبة يذرع بها الممسوح وليست هي بمرادة من البيع بل المراد ما يحله الذراع ويجاوره مجازاً بإطلاق اسم الحال على المحل وما يحله الذراع معين لا شائع، لأن الشائع لا يتصور أن يذرع فلم يصلح أن يستعار الذراع للشائع، لأن الشائع ليس بمحل للذراع فلما أريد من الذراع ما يحله وهو معين لكنه مجهول الوضع بطل العقد وقولهما استحسان وقول أبي حنيفة قياس اهـ **قوله: (فأشبه عشرة أسهم من مائة سهم)** وبه قالت الثلاثة اهـ **قوله في المتن: (وإن اشترى عدلاً)** صورتها أن يقول: بعتك ما في هذا العدل على أنه عشرة أثواب بمائة درهم مثلاً ولم يفصل لكل ثوب ثمناً بل قابل المجموع بالمجموع فإذا هو تسعة أو أحد عشر فسد البيع

---

(١) أي في شرحهما على الجامع الصغير في فروع الحنفية للإمام محمد بن الحسن الشيباني. انظر كشف الظنون (١/٥٦٣).

البيع لجهالة المبيع في الزيادة، لأنه يحتاج إلى أن يرد الثوب الزائد فيتنازعان في المردود، ولجهالة الثمن في فصل النقصان، لأنه يحتاج إلى أن يسقط حصة ثمن المعدوم وهو مجهول فيؤدّي إلى النزاع.

قال: (ولو بين ثمن كل ثوب ونقص صح بقدره وخير، وإن زاد فسد) لأنه إذا كان زائداً تبقى الجهالة في المردود فيؤدّي إلى المنازعة، وفي فصل النقصان ثمن كل واحد من الثياب معلوم، فالموجود يصح فيه البيع ويبطل في المعدوم، وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه يفسد في فصل النقصان أيضاً **لأنه جمع بين معدوم وموجود** في صفقة واحدة فصار قبول العقد في المعدوم شرطاً لقبوله في الموجود فكان فاسداً، كما لو جمع بين حر وعبد وبين ثمن كل/ واحد منهما أو باع ثوبين على أنهما [١٢٣/أ/٢] هرويان وبين ثمن كل واحد منهما، فإذا أحدهما مروي فإن العقد عنده فاسد في الصورتين، فكذا هذا، وعندهما جائز فكذا هذا بناء على أن البيع يتعدّد بتفصيل الثمن عندهما، وعنده يتعدّد لفظة البيع، والصحيح أنه يجوز في فصل النقصان، لأنه لم يجعل قبول العقد في المعدوم شرطاً لقبوله في الموجود، بل قصد بيع الموجود إلا أنه غلط في العدد بخلاف المستشهد به، فإنه قصد الإيجاب فيهما فجعل قبول العقد في كل واحد منهما شرطاً لقبوله في الآخر، وهو شرط فاسد يحققه أن الشيئين الموصوفين بوصف إذا دخلا في عقد واحد كان قبول كل واحد منهما شرطاً لصحة العقد في الآخر بذلك الوصف، إذ ليس للمشتري أن يقبل العقد في أحدهما دون الآخر، فإذا انعدم ذلك الوصف في أحدهما كان ذلك شرطاً فاسداً في الآخر، فبالنظر إلى وجود ذلك الشيء كان شرطاً، وبالنظر إلى انعدام ذلك الوصف كان فاسداً، وأما إذا كان أحدهما معدوماً بذاته ووصفه لم يكن داخلاً في العقد حتى يكون قبوله شرطاً لصحة العقد في الآخر، لأنه معدوم فلا يتصوّر فيه القبول بل هو غلط محض.

قال: (ومن اشترى ثوباً على أنه عشرة أذرع كل ذراع بدرهم أخذه بعشرة في عشرة ونصف بلا خيار وبتسعة في تسعة ونصف بخيار) معناه: إذا اشترى ثوباً واحداً على أنه عشرة أذرع كل ذراع بدرهم، فإذا هو عشرة ونصف أو تسعة ونصف **يأخذه في الوجه الأول** بعشرة من غير خيار، وفي الوجه الثاني يأخذه بتسعة إن شاء، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله، وقال أبو يوسف: يأخذه في الأول بأحد عشر، **وفي الثاني يأخذه بعشرة** ويخير في الوجهين، **وقال محمد رحمه الله: يأخذه في الأول بعشرة**

اهـ فتح. **قوله: (لأنه جمع بين معدوم وموجود)** أي ولم يجز في المعدوم فتعدى إلى الموجود اهـ إتقاني. **قوله: (يأخذه في الوجه الأول)** أي وسلم له النصف مجاناً اهـ **قوله: (وفي الوجه الثاني يأخذه بعشرة)** فأبو يوسف جعل نصف ذراع بمنزلة ذراع كامل، فلهذا يأخذه في

ونصف، وفي الوجه الثاني بعشرة إلا نصفاً ويخير فيهما، لأنه لما سمى لكل ذراع ثمناً على حدة التحق بالقدر، ومن ضرورة مقابلة الذراع بالدرهم مقابلة النصف بالنصف كالمكيل، وإنما يخير لأنه في الوجه الأول ازداد عليه الثمن بزيادة نصف ذراع، وفي الوجه الثاني انتقص الثوب عما شرط، فيخير كيلا يتضرر، لأبي يوسف أنه لما قابل كل ذراع بدرهم صار كل ذراع كثوب على حدة بيع على أنه ذراع بدرهم، فإذا وجده ناقصاً لا يسقط شيء لما ذكرنا أنه وصف وتغير الأوصاف لا يوجب سقوط شيء من الثمن، ثم يخير فيهما لأنه ازداد الثمن عليه، فيما إذا وجده زائداً وانتقص المبيع في الآخر فلم يتم رضاه به، ولأبي حنيفة رحمه اللّه أن الذراع فيه وصف في الأصل، وإنما أخذ حكم المقدار بالشرط وهو مقيد بالذراع، وبكونه مقابلاً بالدراهم فعند عدمهما عاد الحكم إلى الأصل، ثم لا يخير في فصل الزيادة لأنه مخالفة إلى

الأول بأحد عشر وفي الثاني بعشرة اهـ **قوله: (وقال محمد: يأخذه في الأول بعشرة ونصف إلخ)** قال الإتقاني رحمه اللّه تعالى: وعند محمد رحمه اللّه يأخذه في الأول بعشرة ونصف وفي الثاني بتسعة ونصف وله الخيار في الوجهين أيضاً اعتباراً للجزء بالكل، لأن كل ذراع إذا قوبل بدرهم يكون كل نصف ذراع مقابلاً بنصف درهم لا محالة وهذا ظاهر، ثم إذا زاد الذراع الكامل يأخذه بأحد عشر فينبغي أن يأخذ بعشرة ونصف إذا زاد نصف ذراع لكن للمشتري الخيار في الوجهين، ففي الزيادة لأنه نفع يشوبه ضرر وفي النقصان لتفرق الصفقة عليه. وجه قول أبي يوسف أن كل ذراع لما أفرد بذكر بدل كان كل ذراع كثوب بيع على أنه ذراع فإذا انتقص الثوب من الذراع لم ينتقص شيء من الثمن، وللمشتري الخيار فكذا هذا لكن الخيار في الزيادة لأنه نفع يشوبه مضرة وفي النقصان لفوات الوصف المرغوب فيه، ووجه قول أبي حنيفة: أن الذراع يعتبر وصفاً في الأصل وإنما نأخذ حكم الأصل إذا وجد الشرط ثم الشرط وجد في الذراع لا فيما دونها فكان الحكم فيما دون الذراع باقياً على الأصل فكان وصفاً، والوصف لا يقابله شيء من الثمن لكن ليس له الخيار في صورة الزيادة، لأن العشرة والنصف بمنزلة العشرة الجيدة فإذا اشترى شيئاً على أنه معيب فوجده سليماً يأخذه بلا خيار فكذا هنا، وفي صورة النقصان يأخذه بتسعة إن شاء لأن النصف الزائد على التسعة بمنزلة الوصف فلا يقابله شيء من الثمن لكن له الخيار لفوات الوصف المرغوب فيه وهو النصف الناقص عن العشرة وبقول محمد نأخذ اهـ قال الكمال رحمه اللّه: ثم من الشارحين من اختار قول محمد، وفي الذخيرة قول أبي حنيفة أصح وذكر حاصل الوجه المذكور له، وفي قوله: مقيد بكونه ذراعاً إشارة إلى الجواب عن قول محمد، أنه ينقسم أجزاء الدرهم على أجزاء الذراع، فقال هذا إذا كان تمام الذراع موجوداً والموجود هنا بعضه وبعضه ليس كله فكان للبعض منه حكم الوصف لانعدام

خير، وفي النقصان يخير لفوات الوصف المرغوب فيه، **قيل: هذا الاختلاف** في ثياب يضرها القطع أو تتفاوت جوانبها كالعمائم والقمصان والأقبية، وأما الثياب التي لا تتفاوت جوانبها كالبطائن ونحوها **فلا تسلم له الزيادة**، لأنه إذا كان بهذه الصفة فهو بمنزلة المكيل والموزون، وعلى هذا يجوز بيع ذراع منه كبيع قفيز من صبرة إذ لا يضره التبعيض.

(فصل) قال: (يدخل البناء والمفاتيح في بيع الدار، والشجر في بيع الأرض بلا ذكر) لأن اسم الدار للعرصة في الأصل، **وفي العرف يتناول البناء** تبعاً لكونه متصلاً

المقابلة به اهـ **قوله: (قيل: هذا الاختلاف إلخ)** قال الإتقاني: قال الزاهد العتابي رحمه اللّه في شرح الجامع الصغير قال مشايخنا: هذا في الثوب الذي يتعيب بقطع بعضه كالقميص والسراويل والعمامة ونحوها، فأما إذا كان كرباساً لا يضره القطع فاشتراه على أنه عشرة أذرع فوجده إحدى عشرة لا تسلم له الزيادة بل ترد على البائع كما في المكيلات والموزونات، وعلى هذا قالوا: لو باع ذراعاً من هذا الكرباس يجوز كما لو باع قفيزاً من صبرة يجوز لأن القطع والتمييز لا يضر بالباقي ولو باع ذراعاً من هذا القميص أو من هذه العمامة لا يجوز، لأن القطع يضره فصار كما لو باع جذعاً في السقف أو حلية في السيف لا يجوز لما قلنا، كذا هنا إلا إذا قطعه وسلمه وقبل المشتري فحينئذ يجوز بطريق الابتداء إلى هنا لفظ كتاب العتابي اهـ **قوله: (فلا يسلم له الزيادة)** أي لا يطيب للمشتري ما زاد على المشروط اهـ هداية. (فصل) لما ذكر قبل هذا ما ينعقد به البيع وما لا ينعقد مع لواحقهما شرع يبين هذا الفصل ما يدخل تحت البيع من غير ذكر وما لا يدخل، واستتبع ما يخرج بالاستثناء وغير ذلك اهـ ملخصاً من الإتقاني والكمال. **قوله: (وفي العرف يتناول البناء)** قال الإتقاني: وذلك لأن اسم الدار في العرف يتناول البناء والعرصة جميعاً فيدخل البناء كالعرصة، والمطلق من الألفاظ ينصرف إلى المتفاهم في العرف ولا يفهم في العرف من بيع الدار بيع عرصتها لا بناؤها بل بيعهما جميعاً، قال الكمال: واستدل المصنف على دخول البناء بأن اسم الدار يتناول العرصة والبناء وبأنه متصل بها اتصال قرار واستشكل الأول بمسألة ما لو حلف لا يدخل هذه الدار فدخلها بعد ما انهدمت يحنث فلو كان من مسمى لفظ الدار لم يحنث، وهذا لو أبطل التعليل الأول لا يضر بالمقصود من الحكم لثبوت العلة الأخرى ثم أجيب بأن البناء وصف فيها وهو لغو في المعينة فكأنه حلف على نفي الدخول في هذا المكان، وتحقيقه أنه حلف لا يدخل هذه التي تسمى الآن داراً فلا يتقيد الدخول المحلوف عليه بكونها داراً وقت الدخول، وتدخل البئر الكائنة في الدار وإن كان عليها بكرة تدخل، ولا يدخل الدلو والحبل المعلقان عليها إلا إن كان قال: بمرافقها ويدخل البستان الذي في الدار صغيراً كان أوكبيراً، وإن كان خارج الدار لا يدخل، وإن كان له باب

بها اتصال قرار، وكذا الشجر متصل بالأرض للقرار فيدخل في بيعها تبعاً لها، **واختلفوا في شجر غير مثمر** وفي شجر صغير، قيل: لا يدخلان لأن / غير المثمرة تقلع [١٢٣ب/٢] للحطب والخشب ليبنى عليها، والصغيرة تنقل من مكانها فصارا كالزرع، وقيل: يدخلان فيه لأن نهايتهما ليس لها حد معلوم بخلاف الزرع، والمراد بالمفاتيح إذا كان غلقها متصلاً بالدار مركبة فيها مثل الكيلون والضبة لأنها تدخل في البيع حينئذ تبعاً لها **فيدخل المفاتيح تبعاً للإغلاق**، إذ لا ينتفع بكل واحد منهما بدون الآخر وإن لم يكن الغلق مركباً فيها كالقفل لا يدخل الغلق لعدم الاتصال ولا المفتاح، لأنه في القياس لا يدخل أصلاً، إلا أنا استحسنا ذلك فيما إذا دخل الغلق تبعاً له، فإذا لم يدخل بقي على أصل القياس، ثم الأصل في جنس هذه المسائل أن الشيء إذا كان متصلاً بالمبيع اتصال قرار دخل في المبيع تبعاً وإلا فلا إلا إذا جرى العرف بالدخول فيه **كالمفتاح والسلم المتصل** بالبناء يدخل ولو كان من خشب، وغير المتصل لا يدخل والسرير كالسلم، هكذا ذكره في الكافي، وهذا في عرفهم وفي عرف أهل مصر ينبغي أن يدخل السلم وإن كان منفصلاً، والظلة لا تدخل في بيع الدار عند أبي

في الدار قاله أبو سليمان: وقال الفقيه أبو جعفر: إن كان أصغر من الدار ومفتحه فيها يدخل، وإن كان أكبر أو مثلها لا يدخل، وقيل: إن صغر دخل وإلا لا وقيل: يحكم الثمن اهـ **قوله**: (**واختلفوا في شجر غير مثمر**) قال الكمال رحمه الله: ولم يفصل محمد بين الشجرة المثمرة وغير المثمرة ولا بين الصغيرة والكبيرة فكان الحق دخول الكل، ثم قال: نعم الشجرة اليابسة لا تدخل لأنها على شرف القطع فهي كحطب موضوع فيها اهـ **قوله**: (**فيدخل المفاتيح تبعاً للإغلاق**) والإغلاق جمع غلق بالتحريك وهو ما يغلق ويفتح بالمفتاح اهـ إتقاني. **قوله**: (**كالمفتاح والسلم المتصل**) قال الكمال في المحيط: الأصل أن كل ما كان في الدار من البناء أو متصلاً بالبناء تبع لها فيدخل في بيعها كالسلم المتصل والسرر والدرج المتصلة والحجر الأسفل من الرحى، ويدخل الحجر الأعلى عندنا استحساناً والمراد بالحجر الرحى المبنية في الدار وهذا متعارف، أما في ديار مصر فلا تدخل رحى اليد لأنها بحجريها تنقل وتحول ولا تبنى فهي كالباب الموضوع والباب الموضوع لا يدخل في بيع الدار بالاتفاق نعم لو ادعاه أحدهما لنفسه بأن قال: هذا ملكي وضعته، فإن كانت الدار في يد البائع وادعاه المشتري لنفسه فالقول قول البائع، وإن كانت في يد المشتري فالقول قول المشتري، وفي المنتقى اشترى حائطاً يدخل ما تحته من الأرض، وكذا ذكر في التحفة من غير ذكر خلاف، وفي المحيط جعله قول محمد بن الحسن وقول أبي يوسف لا يدخل، وأما أساسه فقيل: الظاهر من مذهبه أنه يدخل ولأنه جزء الحائط حقيقة، ويدخل في بيع الحمام القدور دون قصاعه، وأما قدر القصارين والصباغين وأجاجين الغسالين وخوابي

حنيفة، وعندهما تدخل إذا كان مفتحها من داخل، وثياب الغلام والجارية تدخل في البيع من غير شرط للعرف إلا أن تكون ثياباً مرتفعة تلبس للعرض فلا تدخل إلا بالشرط لعدم العرف، إذ العرف في ثياب البذلة والمهنة، ثم البائع بالخيار إن شاء أعطى الذي عليه **وإن شاء أعطى غيره**، لأن الداخل بحكم العرف كسوة مثلها لا بعينها، ولهذا لم يكن لها حصة من الثمن، **حتى لو استحق ثوب منها لا يرجع على البائع بشيء، وكذا إذا وجد بها عيباً ليس له أن يردّها**، ولو وجد بالجارية عيباً كان **له أن يردّها بدون تلك الثياب**، وخطام البعير والحبل المشدود في عنق الحمار والعذار والبردعة، **والإكاف يدخل للعرف** بخلاف سرج الدابة ولجامها، والحبل المشدود على قرن البقر والجمل حيث لا يدخل إلا بالشرط لعدم العرف، إلا أن يكون العرف

الزياتين وحبابهم ودنانهم وجذع القصار الذي يدق عليه المثبت كل ذلك في الأرض فلا يدخل، وإن قال: بحقوقها قلت: ينبغي أن تدخل كما إذا قال: بمرافقها، وأما الطريق ونحوه فسيأتي في باب الحقوق اهـ **قوله**: (**وإن شاء أعطى غيره**) أي من ثياب مثلها اهـ **قوله**: (**حتى لو استحق ثوب منها لا يرجع على البائع بشيء**) هذا إذا استحقت قبل القبض، أما إذا استحقت بعد القبض فإنه يرجع بحصتها من الثمن اهـ عمادية في خمسة وعشرين. **قوله**: (**وكذا إذا وجد بها عيباً**) أي بالثيات اهـ **قوله**: (**ليس له أن يردّها**) أي ولا يرجع على البائع بشيء اهـ فتح. **قوله**: (**له أن يردّها بدون تلك الثيات**) قال الكمال: ولو هلكت الثياب عند المشتري أو تعيبت ثم ردّ الجارية بعيب ردها بجميع الثمن، لأنه لم يملك الثوب بالبيع فلا يكون له قسط من الثمن، وعلى هذا ما ذكر في الكافي من رجل له أرض وفيها نخل لغيره فباعهما رب الأرض بإذن الآخر بألف وقيمة كل منهما خمسمائة فالثمن بينهما نصفان لاستوائهما فيه، فلو هلك النخل قبل القبض بآفة سماوية خير المشتري بين الترك وأخذ الأرض بكل الثمن، لأن النخل دخل تبعاً فلا يقابله شيء من الثمن ثم الثمن كله لصاحب الأرض لانتقاض البيع في حق النخل والثمن كله بمقابلة الأصل، وهو له دون التبع اشترى داراً فوجد في بعض جذوعها مالاً إن قال البائع: هو لي فهو له فيردّ عليه لأنها وصلت إلى المشتري منه، وإن قال: ليس لي كان كاللقطة، ولو قال: صاحب علو وسفل لآخر بعت منك علو هذا بكذا جاز، ويكون سطح السفل لصاحب السفل وللمشتري حق القرار عليه اهـ **قوله**: (**والإكاف يدخل للعرف**) قال الكمال: ولم يذكر في شيء من الكتب إذا باع فرساً وعليه سرج قيل: لا يدخل إلا بالتنصيص ويحكم الثمن، ولو باع حماراً قال الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل: لا يدخل الإكاف بلا شرط ولا يستحق على البائع ولم يفصل بين ما إذا كان موكفاً أو غير موكف في فتاوى قاضيخان، وهو الظاهر فالإكاف فيه كالسرج في الفرس، **وقال غيره**: يدخل الإكاف والبردعة تحت البيع وإن كان غير موكف وقت البيع، وإذا دخلا

بخلافه، وفصيل الناقة **وفلو** الرمكة جحش الأتان والعجول والحمل إن ذهب به مع الأم إلى موضع البيع دخل فيه للعرف وإلا فلا.

قال: (**ولا يدخل الزرع في بيع الأرض بلا تسمية، ولا الثمر في بيع الشجر إلا بالشرط**) **لأنهما متصلان بهما للفصل** فصار كالمتاع الموضوع فيهما، وقال عليه السلام: «من اشترى أرضاً فيها نخل فالثمرة للبائع، إلا أن يشترطها المبتاع»[١] رواه أبو داود وغيره، ولا يلزم عليه الحمل، حيث يدخل في البيع تبعاً، وإن كان للفصل **لأنه جزء الجارية**، فيكون تبعاً لها ولأنه لا يقدر على فصله إلا اللّه تعالى، فلا يعتبر منفصلاً في تأوّل الحال مع وجود الجزئية في الحال.

قال: (ويقال للبائع: اقطعها وسلم المبيع) لأن ملك المشتري مشغول بملك البائع فكان عليه تفريغه وتسليمه، كما إذا كان فيه متاع موضوع، وقال الشافعي: يترك حتى يظهر صلاح الثمر ويستحصد الزرع لأن الواجب هو التسليم المعتاد، وفي العادة لا يقطع كذلك فصار كما إذا انقضت مدة الإجارة وفي الأرض زرع والحجة عليه ما بينا، وفي الإجارة التسليم واجب أيضاً حتى يترك بأجر، وتسليم العوض

بلا ذكر كان الكلام فيه قلنا في ثوب العبد والجارية اهـ **قوله**: (**وفلوّ**) الفلوّ المهر والجمع أفلاء كعدوّ وأعداء اهـ مغرب. **قوله في المتن**: (**ولا يدخل الزرع**) قال في كتاب الهبة: من القنية الزرع يدخل في الرهن والإقرار والفئ بغير ذكر، ولا يدخل في البيع والقسمة والوصية والإجارة والنكاح والوقف والهبة والصدقة وفي القضاء بالملك المطلق اهـ نقلاً عن ركن الدين الصباغي[٢] وكتب على قوله: ولا يدخل الزرع مانصه قال الإتقاني: قال في خلاصة الفتاوى: والقطن كالزرع لا يدخل، وأما أصل القطن اختلف المشايخ فيه والصحيح أنه لا يدخل، أما الكراث إذا كان ظاهراً فلا يدخل وما كان مغيباً فالصحيح أنه يدخل اهـ **قوله**: (**ولا الثمر في بيع الشجر إلا بالشرط**) قال الكمال رحمه اللّه: ولو كان على الشجر ثمار فشرطه المشتري له فأكله البائع سقطت حصتها من الثمن ثم يثبت الخيار للمشتري في الصحيح لتفرق الصفقة عليه عند أبي حنيفة رحمه اللّه بخلاف ما لو اشترى شاة بعشرة فولدت ولداً يساوي خمسة فأكله البائع قال أبو حنيفة رحمه اللّه: تلزمه الشاة ولا خيار له والفرق غير خاف اهـ **قوله**: (**لأنهما متصلان بهما للفصل**) أي لفصل الآدمي إياه لانتفاعه به فاندفع ما أورد عليه من بيع الجارية الحامل، ونحو البقر الحامل فإنه يدخل حملها في البيع

---

(١) أخرجه البخاري في الشروط (٢٧١٦)، ومسلم في البيوع (١٥٤٣)، والترمذي في البيوع (١٢٤٤)، والنسائي في البيوع (٤٦٣٦).

(٢) هو ركن الأئمة عبد الكريم بن محمد بن أحمد الصباغي أبو المكارم تفقه على أبي اليسر محمد ابن محمد البزدوي. الجواهر المضية (٢/٤٥٦)، الفوائد البهية (١٠١).

كتسليم المعوّض وإنما لا يقلع منها لأن الإجارة للانتفاع وذلك بالترك دون القلع بخلاف الشراء لأنه لملك الرقبة فلا يراعي فيه إمكان الانتفاع، ألا يرى أنه لو اشترى أرضاً لا يكون له الطريق إلا بالشرط، وفي الإجارة يدخل من غير شرط لما ذكرنا، **ولا فرق/ بين ما إذا كان للثمر** أو الزرع قيمة أو لم يكن لهما قيمة في الصحيح، وتكون [١٢٤/٢/١] في الحالين للبائع لأن بيعهما منفرداً يجوز في الحالين في الأصح، فكذا لا يدخلان في بيع الأرض والشجر تبعاً، وأما إذا بذر في الأرض ولم ينبت حتى باع الأرض **فلا يدخل لأنه مودع فيها** فصار كالمتاع الموضوع فيها، ولا يدخل الزرع والثمر بذكر الحقوق والمرافق لأنهما ليسا منها، ولو قال: بعتكها بكل قليل وكثير هو لها أو فيها أو منها أو من حقوقها أو من مرافقها لا يدخلان لما ذكرنا، وإن لم يقل من حقوقها أو من مرافقها دخلا فيه لأنهما من الذي له فيها أو منها للاتصال في الحال، بخلاف الثمر **المجذوذ** أو الزرع المحصود حيث لا يدخل إلا بالتنصيص عليه للانفصال في الحال، وورق التوت والآس والزعفران والورد بمنزلة الثمار في كل ما ذكرنا من الأحكام وأشجارها بمنزلة النخل، **وعكس الثمار في الحكم الشرب والطريق** فكل موضع يدخل

مع أنه متصل للفصل بأن ذلك فصل اللّه تعالى وهذا المعنى متبادر فترك التقييد به، وأيضاً الأم وما في بطنها مجانس متصل فيدخل باعتبار الجزئية بخلاف الزرع ليس مجانساً للأرض فلا يمكن اعتبار الجزئية ليدخل بذكر الأصل اهـ فتح. **قوله: (لأنه جزء الجارية)** أي حكماً وحقيقة، أما حكماً فإنه يعتق بعتق الأم، وأما حقيقة فإنه يتغذى بغذاء الأم وينتقل بانتقالها اهـ إتقاني. **قوله: (ولا فرق بين ما إذا كان للثمر إلخ)** يتصل بقوله ولا يدخل الزرع في بيع الأرض ولا تسمية ولا الثمر في بيع الشجر إلا بالشرط اهـ انظر إلى الحاشية التي عند قوله وعكس الثمار في الحكم اهـ وكتب على قوله ولا فرق بين ما إلخ، ما نصه: وقال في شرح الطحاوي: قال بعض مشايخنا: إنما يجوز بعد الطلوع إذا كان الثمر بحال ينتفع به بوجه من الوجوه، وإذا كان لا ينتفع به بوجه من الوجوه فلا يجوز، إلا أن هذا غير سديد لأن محمداً ذكر في كتاب الزكاة في باب العشر لوباع الثمار في أوّل ما تطلع وتركها بإذن البائع حتى أدرك فالعشر على المشتري، فلو لم يكن السشراء جائزاً حين طلع لما وجب عشره على المشتري إلى هنا لفظ رواية شرح الطحاوي اهـ إتقاني. **قوله: (فلا يدخل)** أي إنما لا يدخل قبل النبات وبعد التقوّم، أما إذا نبت ولم يصر متقوماً يدخل قيل: وكذا البذر العفن اهـ مجتبى. **قوله: (لأنه مودع فيها)** أي وهذا باتفاق المشايخ اهـ إتقاني. **قوله: (المجذوذ)** تجوز روايته بدالين مهملتين أو معجمتين وكلاهما بمعنى وهو المقطوع، والأوّل هو الأولى من حيث اللفظ لتناسب بينه وبين المحصود اهـ إتقاني. **قوله: (وعكس الثمار في الحكم الشرب والطريق)** قال الولوالجي في فتاواه: رجل اشترى أرضاً أو داراً لا يدخل

فيه الثمار والزرع لا يدخل فيه الطريق والشرب، وكل موضع لا يدخلان فيه يدخل فيه الشرب والطريق، لأن الشرب والطريق ليسا منها ولا فيها لكنهما من حقوقها، والثمر والزرع موجودان فيها وهما منها وليسا من حقوقها فتعاكسا.

قال: (**ومن باع ثمرة بدا صلاحها** أو لا صح) لأنه مال متقوّم منتفع به **في الحال** أو في المآل وقيل: لا يجوز قبل أن يصير منتفعاً به والأول أصح، وعلى هذا الخلاف بيع الزرع قبل أن تتناوله المشافر والمناجل، والأصح الجواز لأنه منتفع به في المآل فصار كالأطفال والجحش.

قال: (ويقطعها المشتري) تفريغاً لملك البائع، هذا إذا اشتراها مطلقاً أو بشرط القطع.

قال: (وإن شرط تركها على النخل فسد) أي البيع لأنه شرط لا يقتضيه العقد وهو شغل ملك الغير، أو نقول: إنه صفقة في صفقة لأنه إجارة في بيع إن كان للمنفعة حصة من الثمن أو إعارة في بيع إن لم يكن لها حصة من الثمن، وقد نهى رسول اللّه ﷺ عن صفقة في صفقة، وكذا بيع الزرع بشرط الترك لما بينا، وكذا إذا تناهى عظمها عندهما لأنه شرط لا يقتضيه العقد، وقال محمد رحمه اللّه لا يفسد، استحسنه للعادة بخلاف ما إذا لم يتناهى عظمها لأنه شرط فيه الجزء المعدوم، وهو ما يزاد لمعنى في الأرض والشجر، **ولو اشتراها مطلقاً** وتركها بإذن البائع طاب له الفضل، وإن تركها بغير إذنه تصدق بما زاد في ذاته **لحصوله بجهة محظورة، وإن تركها بعد ما تناهى عظمها لم يتصدق بشيء** لأن هذا تغير أحوال **فإن الشمس** تنضجه ويأخذ

الشرب والطريق إلا بذكر الحقوق لأنهما من الحقوق فلا يدخلان إلا بذكر الحقوق، وكذا في الإقرار والوصية والصلح وغيره ويدخلان في الإجارة والقسمة والرهن والصدقة الموقوفة، وقال في خلاصة الفتاوى: وإذا لم يدخل في البيع قال في المنتقى: للمشتري أن يردّ ويقول: ظننت أن لي مفتحاً إلى الطريق الأعظم، وفيهما رجل باع داراً وكان لها طريق قد سده صاحبها قبل ذلك وجعل لها طريقاً غير ذلك ثم باعها بحقوقها لا يكون له الطريق الأول وله الطريق الثاني اهـ إتقاني رحمه اللّه. **قوله في المتن: (ومن باع ثمرة بدا صلاحها)** أي وبدوّ صلاحها عبدنا أن تأمن العاهة والفساد، وعند الشافعي هو ظهور النضج وبدوّ الحلاوة، والخلاف إنما هو في بيعها قبل بدو الصلاح على الخلاف في معناه لا يشترط القطع اهـ فتح. **قوله في المتن: (في الحال)** لفظة في الحال ليست في خط الشارح. **قوله: (ولو اشتراها مطلقاً)** هذا إذا لم يتناه عظمها بدلالة قوله بعد ذلك، وإن تركها بعد ما تناهى عظمها اهـ إتقاني. **قوله: (لحصوله بجهة محظورة)** أي من أصل مملوك لغيره اهـ **قوله: (وإن تركها بعد ما تناهى عظمها لم يتصدق بشيء)** أي سواء كان الترك بإذن البائع أو بغير إذن

اللون من القمر والطعم من الكواكب بتقدير اللّه تعالى، وإن اشتراها مطلقاً ثم استأجر النخل إلى وقت الإدراك فتركها طاب له الفضل، لأن الإجارة باطلة لعدم التعارف والحاجة فبقي الإذن معتبراً بمجرده، بخلاف ما إذا اشترى الزرع واستأجر الأرض إلى أن يدرك وتركه حيث لا يطيب له الفضل، وهو ما زاد على الثمن وعلى غرم من أجر المثل، **لأن الإجارة فاسدة للجهالة** فأورثت خبثاً، ولو اشتراها مطلقاً فأثمرت ثمراً آخر قبل القبض فسد البيع لعجزه عن التسليم، ولو أثمر بعد القبض يشتركان فيه للاختلاط، والقول قول المشتري في مقداره لأنه في يده، **وكذا في الباذنجان والبطيخ، والمخلص أن يشتري الأصول** لتحصل الزيادة في ملكه ثم يبيع الأصول بعد قضاء حاجته من البائع إن شاء، وقيل المخلص فيه أن يشتري الثمار الموجودة والمعدومة فإنه جائز عند بعضهم إذا كان الموجود أكثر، فحاصله أن لهذه المسألة ثلاث صور، أحدها إذا خرج الثمر كله فإنه يجوز بيعه بالاتفاق وحكمه ما مضى / [١٢٤ب/٢]، ثانيها أن لا يخرج شيء منه فإنه لا يجوز بيعه اتفاقاً، ثالثها أن يخرج بعضها دون بعض فإنه لا يجوز في ظاهر المذهب، وقيل: يجوز إذا كان الخارج أكثر ويجعل المعدوم تبعاً للموجود استحساناً لتعامل الناس وللضرورة، وكان شمس الأئمة الحلواني وأبو بكر محمد بن الفضل البخاري يفتيان به، وقال شمس الأئمة السرخسي: والأصح أنه لا يجوز لأن المصير إلى مثل هذه الطريقة عند تحقق الضرورة، ولا ضرورة هنا لأنه يمكنه أن يبيع الأصول على ما بينا، أو يشتري الموجود ببعض الثمن ويؤخر العقد في الباقي إلى وقت وجوده، أو يشتري الموجود بجميع الثمن ويبيح له الانتفاع بما يحدث منه فيحصل مقصودهما بهذا الطريق فلا ضرورة إلى تجويز العقد في المعدوم

البائع، لأنه لم يحصل الازدياد في عين المبيع لا كيلاً ولا وزناً وإنما تغير حال المبيع من حيث النضج اهـ إتقاني. **قوله**: (**فإن الشمس**) الذي بخط الشارح بأن الشمس اهـ **قوله**: (**لأن الإجارة فاسدة للجهالة إلخ**) والفرق بين الإذن الثابت في ضمن الإجارة الباطلة وبينه في ضمن الإجارة الفاسدة أن الإذن في الإجارة الباطلة صار أصلاً مقصوداً بنفسه، لأن الباطل لا وجود له والمعدوم لا يصلح أن يكون متضمناً، وليس كذلك الإجارة الفاسدة لأن الفاسد فائت الوصف دون الأصل فلم يكن معدوماً بأصله فصح أن يكون متضمناً، فإذا فسد المتضمن فسد المتضمن اهـ إتقاني. **قوله**: (**وكذا في الباذنجان والبطيخ**) قال الإتقاني رحمه اللّه: وأما ما يوجد من الزرع بعضه بعد وجود بعض كالباذنجان والبطيخ والكراث ونحوها، قال أصحابنا: يجوز بيع ما لم يظهر اهـ **قوله**: (**والمخلص**) أي من فساد البيع اهـ إتقاني. **قوله**: (**أن يشتري الأصول**) أي ويستأجر الأرض ويقدم الشراء على الإجارة فإن قدم الإجارة لا

مصادماً للنص، وهو ما روي أنه عليه السلام «نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان ورخص في السلم»[١].

قال: (ولو استثنى منها أرطالاً معلومة صح كبيع بر في سنبله وباقلى في قشره) أي لو استثنى من الثمار المبيعة المجذوذ أو غير المجذوذة **جاز البيع**، كما يجوز بيع البر في سنبله والباقلى في قشره، أما الأول فلأن المبيع صار معلوماً بالإشارة والمستثنى معلوم بالعبارة فوجب القول بجوازه، **وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه لا يجوز** لأن الباقي بعد الاستثناء مجهول وربما لا يبقى بعده شيء فيخلو عن الفائدة، أو يكون رجوعاً عن العقد قبل القبول فيصح رجوعه على ما بينا، بخلاف ما إذا استثنى نخلاً معيناً لأن الباقي معلوم بالمشاهدة، قلنا: هذه الجهالة لا تفضي إلى المنازعة لأن المبيع معلوم بالإشارة وجهالة قدره لا تمنع جواز البيع في المشار إليه على ما بينا من قبل، ألا ترى أن بيعه مجازفة جائز وإن كان مجهول القدر وهذا هو بعينه، لأنه جزاف فيما بقي بعد الثنيا ولأن كل ما جاز إيراداً لعقد عليه بانفراده جاز استثناؤه من العقد، وما لا

يجوز، لأن الأرض تكون مشغولة بملك الآجر اهـ فصول. **قوله: (جاز البيع)** قال الكمال رحمه الله: إلا أن عدم الجواز أقيس بمذهب أبي حنيفة في مسألة بيع صبرة طعام كل قفيز بدرهم فإنه أفسد البيع بجهالة قدر المبيع وقت العقد، وهو لازم في استثناء أرطال معلومة مما على الأشجار، وإن لم يفض إلى المنازعة فالحاصل أن كل جهالة مفضية إلى المنازعة مبطلة فليس يلزم أن ما لم يفض إليها يصح معها، بل لا بد من عدم المفضية إلى المنازعة في الصحة من كون المبيع على حدود الشرع، ألا ترى أن المتبايعين قد يتراضيان على شرط لا يقتضيه العقد وعلى البيع بأجل مجهول كقدوم الحاج ونحوه، ولا يعتبر ذلك مصححاً، وأما ما قيل: في توجيه المنع بعد المبيع لا يبلغ إلا تلك الأرطال فبعيد، إذ المشاهدة تفيد كون تلك الأرطال تستفرق الكل أولا فلا يرضى المشتري حينئذٍ بذلك الاستثناء اهـ كلام الكمال رحمه الله. **قوله: (وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه لا يجوز)** أي وهو قول الطحاوي اهـ هداية. قوله: وهو قول الطحاوي، أي وكذا الشافعي وأحمد اهـ فتح. وكتب أيضاً على قوله وروى الحسن إلخ، ما نصه ومشى عليه صاحب المجمع[٢] والنقاية[٣]

---

(١) أخرجه الترمذي في البيوع (١٢٣٢)، والنسائي في البيوع (٤٦١١)، وأبو داود في البيوع (٣٥٠٤)، وابن ماجة في التجارات (٢١٨٨)، وأحمد في مسنده (٦٥٩١).

(٢) المراد به مجمع البحرين وملتقى النهرين في فروع الحنفية للإمام مظفر الدين أحمد بن علي بن ثعلب المعروف بابن الساعاتي الحنفي المتوفى سنة (٦٩٤هـ). كشف الظنون (٢/١٥٩٩).

(٣) اسمه النقاية في مختصر الوقاية للشيخ الإمام صدر الشريعة عبيد الله بن مسعود الحنفي المتوفى سنة (٧٤٥هـ). كشف الظنون (٢/١٩٧١).

فلا، وبيع أرطال معلومة من الثمار جائز فكذا استثناؤها، [ونظيره بيع شاة معينة من القطيع فإنه يجوز **فكذا استثناؤها**](١)، ولو كانت مجهولة بأن باع شاة منها بغير عينها لا يجوز فكذا استثناؤها، وعلى هذا أطراف الحيوان وأوصاف المبيع، وقوله وربما لا يبقى بعده شيء إلى آخره، قلنا: الاستثناء تصرف لفظي فيعتبر فيه صحة الكلام فإذا صح تم الكلام وصار مفيداً ولا يكون رجوعاً ولو خرج الكل بذلك الطريق لأنه يتوهم البقاء، ألا ترى أنه لو قال: نسائي طوالق إلا فلانة **وفلانة**، أو قال: عبيدي أحرار إلا فلاناً وفلاناً حتى لو أخرج الكل بهذا الطريق صح ولا يكون رجوعاً، وإنما يكون رجوعاً إذا كان **بلفظه** بأن قال: عبيدي أحرار إلا عبيدي، أو نسائي طوالق إلا نسائي، حيث لا يصح هذا الكلام و يلغو ويقع الطلاق والعتاق على الجميع، فكذا هنا لا يكون رجوعاً إلا إذا قال بعتك هذه الثمار إلا هذه الثمار، وأما الثاني وهو ما إذا باع براً في سنبله إلخ فلأنه مال متقوم منتفع به **فيجوز بيعه في قشره كالشعير**، **وقال الشافعي: لا يجوز** لأن المعقود عليه مستور غائب عن البصر ولا يعلم وجوده فلا يجوز بيعه كبزر البطيخ وحب القطن واللبن في الضرع والزيت في الزيتون قبل الاستخراج، قلنا: الفرق بينهما أن الغالب في السنبلة الحنطة، ألا ترى أنه يقال: هذه حنطة وهي في سنبلها، ولا يقال: هذا حب ولا هذا لبن **ولا زيت ولا قطن**، وعلى هذا الخلاف الفستق والبندق والجوز والحمص الأخضر **وسائر الحبوب المغلفة**، وما رواه مسلم

أيضاً اهـ **قوله: (فكذا استثناؤها)** أي بخلاف استثناء الحمل وأطراف الحيوان لأنه لا يجوز بيعه فكذا استثناؤه اهـ إتقاني. قوله: وأطراف الحيوان أي كما إذا باع هذه الشاة إلا أليتها أو هذا العبد إلا يده اهـ فتح. **قوله: (وفلانة)** لفظ فلانة ليس في خط الشارح اهـ **قوله: (بلفظه)** كذا بخط الشارح. **قوله: (فيجوز بيعه في قشره كالشعير)** أي وأجرة الدوس والتذرية على البائع هو المختار اهـ خلاصة. **قوله: (وقال الشافعي: لا يجوز)** قال الإتقاني وقال الشافعي: لا يجوز بيع الباقلي في القشر الأول، وكذا لا يجوز عنده بيع الجوز واللوز والفستق في القشر الأعلى، وقال: في أحد قوليه وبيع الحنطة في سنبلها لا يجوز وكذلك الأرز والسمسم في كمه، ويجوز بيع الشعير والذرة في سنبله بالاتفاق اهـ **قوله: (ولا زيت ولا قطن)** قال الكمال رحمه الله: وأورد المطالبة بالفرق بين ما إذا باع حب قطن في قطن بعينه أو نوى تمر في تمر بعينه أي باع ما في هذا القطن من الحب، وأما في هذا التمر من النوى فإنه لا يجوز مع أنه أيضاً في غلافه أشار أبو يوسف إلى الفرق بأن النوى هناك معتبر عدماً هالكاً في العرف، فإنه يقال: هذا تمر وقطن ولا يقال: هذا نوى في تمر ولا حب في قطنه، ويقال: هذه حنطة في سنبلها، وهذا لوز وفستق ولا يقال: هذه قشور فيها لوز ولا يذهب إليه وهم اهـ **قوله: (وسائر الحبوب المغلفة)** واعلم أن الوجه يقتضي ثبوت الخيار

وأحمد وغيرهما أنه عليه السلام «نهى عن بيع النخل حتى يزهو وعن بيع السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة»(١) المراد به السلم يعني / لا يجوز الإسلام فيه حتى يوجد بين الناس، ألا ترى إلى ما رواه مسلم والبخاري بإسناده عن النبي عليه السلام «إذا منع الله الثمرة فبم يستحل أحدكم مال أخيه»(٢) فيكون حجة لنا في اشتراط وجود المسلم فيه من حين العقد إلى حين المحل، ولو أجري على إطلاقه كان حجة لنا أيضاً في هذا الموضع، لأنه يقتضي جواز بيعه بعد ما ابيض مطلقاً من غير قيد بالفرك، ولو كان كما قاله لقال حتى يفرك.

[١٢٥ أ/٢]

قال: (**وأجرة الكيل** على البائع) مراده فيما إذا بيع مكايلة، وكذا أجرة وزن المبيع وذرعه، وعده على البائع لأن الكيل والوزن والذرع والعد فيما بيع مكايلة أو موازنة أو مذارعة أو معادّة من تمام التسليم وتسليم المبيع على البائع فكذا تمامه.

قال: (وأجرة نقد الثمن ووزنه على المشتري) لما ذكرنا أن الوزن من تمام التسليم وتسليم الثمن على المشتري فكذا ما يكون من تمامه، وكذا يجب عليه تسليم الجيد لأن حق البائع تعلق به فيكون أجرة من يميز ذلك عليه إذ هو المحتاج إليه، وهذه رواية ابن سماعة عن محمد رحمه الله، وفي رواية ابن رستم عنه أجرة نقد الثمن على البائع لأن النقد يكون بعد التسليم والوزن ليعرف المعيب من غيره فكان هو المحتاج إليه فتكون أجرته عليه، وبالأوّل كان يفتي الصدر الشهيد رحمه الله، وروي عن محمد أن أجرة النقد على رب الدين بعد القبض، وقبله على المدين لأن على المدين إيفاء حقه فتكون أجرة التمييز عليه، وبعد القبض دخل في ضمان رب الدين، ويدعي أنه خلاف حقه فيكون تمييز حقه عليه.

للمشتري بعد الاستخراج في ذلك كله لأنه لم يره اهـ كمال. **قوله في المتن: (وأجرة الكيل على البائع)** قال الإتقاني: وقال في الخلاصة أيضاً وفي باب العين لو اشترى حنطة مكايلة فالكيل على البائع وصبها في وعاء المشتري على البائع أيضاً هو المختار ثم قال: فيها وفي المنتقى إخراج الطعام من السفن على المشتري، ثم قال في الخلاصة أيضاً: ولو اشترى حنطة في سنبلها فعلى البائع تحصيلها بالدوس والتذرية ودفعها إلى المشتري ثم قال: هو المختار ثم قال فيها وفي باب السين: رجل اشترى عنباً جزافاً فقطعه على المشتري، وكذا كل شيء باعه كالثوم والجزر والبصل إذا خلى بينها وبين المشتري، وكذا قطع الثمر على

---

(١) أخرجه مسلم في البيوع (١٥٣٥)، والنسائي في البيوع (٤٥٥١).

(٢) أخرجه البخاري في البيوع (٢١٩٩)، ومسلم في المساقاة (١٥٥٥)، والنسائي في البيوع (٤٥٢٦)، والإمام مالك في موطئه (١٣٠٤).

قال: (**ومن باع سلعة بثمن** سلمه أوّلاً) أي سلم الثمن أولاً لأن العقد يقتضي المساواة، وحق المشتري قد تعين في المبيع فيسلم هو الثمن أولاً ليتعين حق البائع فيه كما تعين حقه في المبيع، إذ الثمن لا يتعين إلا بالقبض، وصورة هذا أن يقال للبائع أحضر المبيع ليعلم أنه قائم فإذا أحضر قيل للمشتري: سلم الثمن أولاً، لما ذكرنا وإن كان المبيع غائباً فللمشتري أن يمتنع من تسليم الثمن حتى يحضر البائع المبيع، على مثال الراهن مع المرتهن.

قال: (وإلا معاً) أي إن لم يكن سلعة بثمن سلما معاً لاستوائهما في التعيين أو في عدم التعيين، وذلك لأنه إما ثمن بثمن أو سلعة بسلعة فالأول كلاهما غير متعين والثاني متعين.

باب خيار الشرط

قال رحمه اللّه: (**صح للمتبايعين** أو لأحدهما **ثلاثة أيام** أو أقل) أي جاز خيار

المشتري اهـ **قوله في المتن: (ومن باع سلعة بثمن إلخ)** قال الإتقاني رحمه اللّه: بخلاف ما إذا كان الثمن مؤجلاً إذ ليس للبائع حق حبس المبيع لأنه بالتأجيل أسقط حقه في الحبس، وكذا إذا كان بعض الثمن حالاً وبعضه مؤجلاً فله حق حبس المبيع إلى استيفاء الحال، ولو سلم المشتري جميع الثمن إلا درهماً فله حق حبس جميع المبيع لأن حق الحبس لا يتجزأ، قال في التحفة: ولو دفع المشتري إلى البائع بالثمن رهناً أو تكفل به كفيل لا يسقط حق الحبس لأن هذا وثيقة بالثمن فلا يسقط حقه عن حبس المبيع لاستيفاء الثمن، ولو أحال البائع رجلاً على المشتري بالثمن وقبل سقط حق الحبس، وكذا إذا أحال المشتري البائع على رجل وهذا عند أبي يوسف، وقال في رواية: إذا أحال رجلاً على المشتري سقط حق الحبس، وإذا أحال المشتري البائع على رجل لم يسقط حق الحبس اهـ وكتب ما نصه: واعلم أن للبائع حق حبس المبيع إلى أن يستوفي الثمن لأن قضية العقد المساواة بين العاقدين اهـ وكتب أيضاً ما نصه: فإن جاء المشتري ببعض الثمن هل يجبر البائع على قبوله أم لا يجبر قد ذكر الحكم فيه حاشية كتبتها من الاتقاني نقلاً عن الزيادات عند قول المصنف في باب العتق: على جعل وعتق بالتخلية فراجعها اهـ

باب خيار الشرط

قوله في المتن: (صح للمتبايعين) أي وعلى قول سفيان[١] وابن شبرمة[٢]: إن كان

---

(١) المراد به هو سيدنا سفيان بن عيينة وتقدمت ترجمته.

(٢) هو عبد اللّه بن شبرمة فقيه العراق وقاضي الكوفة المتوفى سنة أربع وأربعين ومائة هـ. سير أعلام النبلاء (٦/ ٣٤٧).

الشرط لهما جملة أو لأحدهما ثلاثة أيام فما دونه **لقوله عليه السلام لحبان** بن منقذ الأنصاري: **وكان يغبن** في البياعات «إذا بايعت فقل **لا خلابة ولي الخيار ثلاثة أيام**»[١].

قال: (لو أكثر لا) أي لو شرطاً أكثر من ثلاثة أيام لا يجوز وهذا عند أبي حنيفة وبه قال زفر والشافعي **وقالا: يجوز إذا سمي مدة معلومة** لما روي عن ابن عمر رضي اللّه عنهما أنه أجاز الخيار إلى شهرين، **ولأن الخيار شرع للتروّي** لدفع الغبن، وقد تمس الحاجة إلى الأكثر **فشابه التأجيل في الثمن**، ولأبي حنيفة أن شرط الخيار مخالف لمقتضى العقد وهو اللزوم، وإنما جوّزناه بخلاف القياس بما رويناه من النص فيقتصر على مورد النص فتنتفي الزيادة بخلاف اشتراط الأجل **لأنه للقدرة على التحصيل** وذلك بتطاول المدة، وحديث ابن عمر ليس بنص فيه فروى أنه أجاز الخيار إلى شهر فيحتمل أن يكون خيار الرؤية أو العيب، فإذا انتفت الزيادة فسد العقد بها.

قال: (**فإذا أجاز في الثلاث** صح **خلافاً لزفر**) وهو يقول: أن العقد انعقد فاسداً

الخيار للمشتري جاز وإلا فلا كذا في التحفة اهـ إتقاني. **قوله في المتن: (أيضاً ثلاثة أيام) بالنصب** على أنه ظرف أي في ثلاثة أيام، ويجوز رفعه على أنه خبر مبتدأ محذوف أي هو ثلاثة أيام اهـ والصواب أن يقدر مدته ثلاثة أيام اهـ **قوله: (لقوله عليه الصلاة والسلام لحبان)** وحبان هو بفتح الحاء المهملة والباء المنقوطة بنقطة تحتانية شهد أحداً اهـ إتقاني. **قوله: (وكان بغبن)** أي يخدع يقال: غبنة في البيع غبناً وهو باب ضرب وغبن رأيه غبناً ضعف وهو من باب علم، ويقال: إنه مغبون في البيع وغبين في العقل والدين اهـ غاية. **قوله: (لا خلابة)** الخلابة الخديعة كذا في الجمهرة اهـ غاية. **قوله: (ولي الخيار ثلاثة أيام)** ثم اعلم أن شرط الخيار إلى ثلاثة أيام جائز استحساناً بالإجماع بهذا الحديث اهـ غاية. **قوله: (وقالا: يجوز إذا سمي مدة معلومة)** أي ولو شرط الخيار أبداً لا يجوز بالإجماع اهـ غاية. وكتب ما نصه: وفي شرح المجمع، والأصح أنه أي أبا يوسف يوافق الإمام اهـ كي. **قوله: (ولأن الخيار شرع للتروي)** يعني إلى النظر والتفكر اهـ غاية. **قوله: (فشابه التأجيل في الثمن)** والجامع أنها مدة ملحقة بالعقد لمساس الحاجة إليها اهـ غاية. **قوله: (لأنه للقدرة على التحصيل)** أي بالكسب أو تدخل غلاته وهي لا تتحقق غالباً وظاهراً في أدنى مدة، ولهذا جازت الزيادة على الثلاث بخلاف شرط الخيار فإنه لإبلاء العذر والنظر في أن البيع رابح أو خاسر، ومدة الثلاث تامة في هذا المعنى فلا حاجة إلى الزيادة اهـ غاية. **قوله في المتن: (فإذا أجاز في الثلاث)** أي بعدما كان شرط أكثر منها اهـ عيني. وكتب على على قوله: فإذا أجاز في الثلاث ما نصه قال الإتقاني: ثم من له الخيار إذا بطل خياره فلا يخلو إما أن يكون ذلك قبل ثلاثة أيام أو بعدها فإن كان بعدها فلا ينقلب العقد جائزاً خلافاً لأبي يوسف ومحمد فإن عندهما

---

(١) أخرجه البخاري في البيوع (٢١١٧)، ومسلم في البيوع (١٥٣٣)، وأبو داود في البيوع (٣٥٠٠).

فلا يعود صحيحاً كالنكاح بغير شهود، **وله أن المفسد قد زال قبل تقرره** فينقلب صحيحاً، **كما في البيع بالرقم**/، وأعلمه في المجلس **وهذا عند مشايخ أهل العراق** من أصحابنا، فإن عندهم ينعقد فاسداً ويرتفع الفساد بحذف الشرط، لأن المفسد اتصال اليوم الرابع بهذه المدة فإذا حذفه قبل اليوم الرابع فقد منع اتصال المفسد بالعقد، فصار كأن الخيار لم يكن مشروطاً في اليوم الرابع، وأما عند مشايخ خراسان فعندهم العقد موقوف على إسقاط الشرط فبمضي جزء من اليوم الرابع فسد العقد **فلا ينقلب صحيحاً** بخلاف فساد النكاح لعدم الإشهاد، لأن الفساد فيه لعدم شرط الجواز فلا يمكن [إزالته][1] **وهذا الوجه أوجه**.

[١٢٥ ب/٢]

قال: (**ولو باع على أنه إن لم ينقد الثمن إلى ثلاثة أيام فلا بيع صح وإلى أربعة لا**)

إذا شرط الخيار مؤبداً ثم أسقط الخيار بعد الثلاث جاز لأن الخيار إلى هذه المدة جائز عندهما، ولا ينقلب جائزاً عند أبي حنيفة لأن الخيار إلى هذه المدة لا يجوز عنده وإن كان إبطال الخيار قبل الثلاثة أو سقط الخيار بموته أو بموت العبد أو أعتقه المشتري أو حدث في المبيع ما يوجب لزوم العقد كان العقد جائزاً عندنا اهـ غاية. **قوله**: (**خلافاً لزفر**) أي والشافعي اهـ اتقاني. **قوله**: (**وله أن المفسد إلخ**) أي لأبي حنيفة اهـ **قوله**: (**قد زال قبل تقرره**) أي لزومه وثبوته لأن ثبوته بمضي ثلاثة أيام اهـ كي. **قوله**: (**كما في البيع بالرقم**) أي فإنه فاسد اهـ والرقم الكتابة ورقم التاجر الثوب من هذا وهو إعلام ثمنه بنوع علامة عليه بأن ثمنه كذا درهماً اهـ غاية وكتب على قوله: كما في البيع بالرقم مانصه وكما لو باع جذعاً في سقف ثم نزعه فسلمه اهـ **قوله**: (**وهذا عند مشايخ أهل العراق**) قال الإتقاني: وقد نص الكرخي في مختصره أن البيع فاسد عند أبي حنيفة رحمه الله فإن أجاز من له الخيار جاز وعلى ذلك أهل العراق اهـ **قوله**: (**فلا ينقلب صحيحاً**) أي وإليه ذهب شمس الأئمة السرخسي وفخر الإسلام وغيرهما من علماء ما وراء النهر اهـ غاية. وكتب على قوله: فلا ينقلب صحيحاً ما نصه: وبالإسقاط ينعقد صحيحاً اهـ كي. **قوله**: (**وهذا الوجه أوجه**) أي الوجه الثاني الذي ذهب إليه مشايخ خراسان وهو قوله: لأن المفسد إلخ اهـ **قوله في المتن**: (**ولو باع على أنه لم ينقد الثمن إلخ**) هذه من مسائل الجامع الصغير وقد ذكر صاحب الهداية: قول أبي يوسف مع أبي حنيفة كما ترى، وكذلك ذكر الصدر الشهيد أيضاً في شرح الجامع الصغير، ولم يذكر محمد خلاف أبي يوسف في أصل الجامع الصغير وهذا الذي ذكره قول أبي يوسف الأول، وروى الحسن بن أبي مالك[2] عن أبي يوسف أنه رجع عن

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من المطبوع.

(٢) هو الحسن بن أبي مالك (أبو مالك) تفقه على أبي يوسف القاضي، توفي سنة (٢٠٤هـ). الجواهر المضية (٢/٩٠).

وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد: يجوز إلى أربعة أيام وأكثر، **وقال زفر: لا يجوز هذا الشرط أصلاً** وهو القياس لأنه شرط فيه إقالة فاسدة لتعلقها بشرط عدم النقد، ولو شرط فيه الإقالة الصحيحة منها فسد، فهذا أولى وجه الاستحسان أنه في معنى شرط الخيار بل هو عينه، لأنه يتخير في الأيام الثلاثة بين الفسخ والإمضاء غير أن ترك النقد جعل أمارة الفسخ والنقد أمارة الإمضاء، وهذا الشرط محتاج إليه لدفع المماطلة، كما أن شرط الخيار محتاج إليه لدفع الغبن غير أنه هنا بمضي المدة مع عدم النقد **ينفسخ العقد** وفي تلك يتم وذلك لا يوجب اختلاف الحكم، إذ في كل

هذا القول وقال: يجوز البيع كما هو قول محمد كذا ذكر الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير، ولهذا المعنى قال صاحب المنظومة:

واضطرب الأوسط فيه فاعقل

اهـ غاية. **قوله: (وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله)** صرح في المجمع بأن الأصح أن أبا يوسف مع أبي حنيفة اهـ **قوله: (وقال زفر: لا يجوز هذا الشرط أصلاً)** من قوله: هذا الشرط أصلاً إلى قوله في المتن: لو اشتريا على أنهما بالخيار مفقود من خط الشارح اهـ **قوله: (ينفسخ العقد)** قال الإتقاني: ثم انفساخ العقد عند عدم النقد في الثلاثة مذكور في شرح الطحاوي وبه صرح صاحب الإيضاح أيضاً وإليه ذهب صاحب المختلف. وقال في الفتاوى الصغرى: ولو مضى الثلاثة ولم ينعقد الثمن فسد البيع إلا أنه لا ينفسخ حتى لو أعتقه المشتري بعد ذلك إن كان العبد في يده نفذ، وإن كان في يد البائع لا، وقال في شرح الطحاوي: ولو كان هذا البيع بهذا الشرط للبائع كما إذا اشترى شيئاً على أن البائع إن ردّ الثمن على المشتري إلى ثلاثة أيام فلا بيع بينهما فهو على الاختلاف يعني أن البيع جائز بهذا الشرط عندنا خلافاً لزفر، قال: وهو بمنزلة شرط الخيار للبائع وفائدته ما ذكره في الفتاوى الصغرى بقوله: إن أعتق البائع صح، وإن أعتق المشتري لا، ولو قال إن لم ينقده الثمن إلى أربعة أيام فلا بيع بيننا فالبيع فاسد في قول أبي حنيفة إلا أن ينقده الثمن في ثلاثة أيام، وفي قول محمد: البيع جائز كذا ذكر الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير، وقول أبي يوسف أولاً كقول أبي حنيفة، وقوله آخراً كقول محمد وقد مر ثم أبو حنيفة مر على أصله في شرط الخيار حيث لا يجوز عنده أكثر من ثلاثة أيام، فكذا ما هو في معناه إلا إذا نقد الثمن في الثلاث فكان البيع جائز الانقطاع المفسد، ومحمد مر على أصله أيضاً لأن عنده يجوز شرط الخيار أكثر من ثلاثة أيام إذا كانت المدّة معلومة فكذا ما كان في معناه، وكذا أبو يوسف مر على أصله أيضاً على قوله المرجوع إليه ولكنه فرق بين هذا وبين شرط الخيار على قوله الأوّل حيث جوّز الزيادة على الثلاثة في شرط الخيار، ولم يجوّز هنا لأنه اتبع أثر ابن عمر في شرط الخيار إذ هو أجاز فيه الزيادة على الثلاثة، وروي عن ابن عمر في هذه المسألة أنه أجاز ثلاثة أيام وقد مر ذلك قبل هذا، فإذا كان كذلك لم يتجاوز

واحد منهما فسخ على تقدير وإجازة على تقدير، والاختلاف فيما يقع به الفسخ والإجازة لا في نفس الفسخ عند إرادة الفسخ ولا في نفس الإجازة عند إرادة الإجازة فلا يعد اختلافاً، ثم أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله مرا على أصلهما في الزيادة على الثلاثة في الملحق به وهو شرط الخيار على ما بينا، وأبو يوسف مع أبي حنيفة في هذا **ومع محمد في شرط الخيار أخذ بالنص** في هذا وبالأثر في ذلك.

قال: (فإن نقد في الثلاث صح) يعني فيما إذا شرطا أكثر من ثلاثة أيام، وإنما صح لزوال المفسد وهذا بالإجماع ثم هذه المسألة على وجوه، إما أن لا يبينا الوقت أو بينا وقتاً مجهولاً بأن يقول: على أنه إن لم ينقده أياماً أو بينا وقتاً معلوماً وهو أكثر من ثلاثة أيام فهو في هذه الصور كلها فاسد، إلا أن ينقد في الثلاث لما قلنا أو بينا وقتاً معلوماً وهو الثلاثة أيام أو دونه فإنه يجوز لما بينا.

قال: (**وخيار البائع يمنع** خروج المبيع عن ملكه) لأن تمام البيع لا يكون إلا بالتراضي ولا يتم الرضا مع الخيار، ولهذا ينفذ عتق البائع يملك التصرف فيه دون المشتري وإن قبضه بإذن البائع.

قال: (وبقبض المشتري يهلك بالقيمة) يعني **إذا قبضه المشتري** وهلك في يده في مدة الخيار فإن المشتري يضمن قيمته، لأن المبيع ينفسخ بالهلاك لأنه كان موقوفاً، ولا نفاذ بدون المحل، وكان مقبوضاً في يده على سوم الشراء **وفيه القيمة**، ولو هلك في يد البائع انفسخ البيع ولا شيء للبائع على المشتري **كما في البيع الصحيح** المطلق، ولو تعيب المبيع في يد المشتري فللبائع أن يلزم البيع إن شاء وإن

أبو يوسف حد السنة والأثر وأخذ بهما، وفيما زاد على ذلك أخذ بالقياس لأن القياس أن لا يصح هذا البيع أصلاً، كما قال زفر: لأنه بيع شرط فيه إقالة فاسدة وهي إقالة معلقة بالشرط والبيع بشرط الإقالة الصحيحة باطل فشرط الإقالة الفاسدة أولى اهـ إتقاني. وكتب على ينفسخ العقد ما نصه. قال القاضي الإمام ظهير الدين: هاهنا مسألة لا بد من حفظها وهو أنه إذا لم ينقد الثمن إلى ثلاثة أيام يفسد العقد ولا ينفسخ حتى لو أعتقه المشتري وهو في يده نفذ عتقه، وإن كان في يد البائع لا ينفذ اهـ خبازية. **قوله: (ومع محمد في شرط الخيار أخذ بالنص)** أي بدلالة النص وهو قوله عليه الصلاة والسلام للأنصاري: «إذا بايعت فقل: لا خلابة ولي الخيار ثلاثة أيام» اهـ اق. وكتب على قوله بالنص نسخة بالقياس اهـ **قوله في المتن: (وخيار البائع يمنع إلخ)** قال في الدراية وفي المجتبى في المحيط: يخرج الثمن عن ملك المشتري في هذه الصورة إجماعاً، إلا أنه لا يدخل في ملك البائع عند أبي حنيفة خلافاً لهما اهـ **قوله: (إذا قبضه المشتري)** أي وكان الخيار للبائع اهـ **قوله: (وفيه القيمة)** أي إذا لم يكن مثلياً يضمن قيمته اهـ كي. **قوله: (كما في البيع الصحيح)** إنما ذكر

شاء فسخ البيع وضمنه النقصان لأن العيب لا يمنع الفسخ، وإذا انفسخ العقد كان مضموناً على المشتري بالقبض بجميع أجزائه كالمغصوب، ولو تعيب في يد البائع فهو على خياره لأن ما انتقص بغير فعله لا يكون مضموناً عليه، ولكن المشتري يتخير إن شاء أخذه بجميع الثمن وإن شاء فسخه كما في البيع المطلق، وإذا كان العيب بفعل البائع ينتقض البيع فيه بقدره لأن ما يحدث بفعله يكون/ مضموناً عليه وتسقط حصته من الثمن. [١٣٦/٢/١]

قال: (وخيار المشتري لا يمنع ولا يملكه) أي لا يمنع خروج المبيع عن ملك البائع ولا يملكه المشتري، لأن البيع من جهة البائع لازم، لأن الخيار شرع نظراً لمن له الخيار فيعمل في حقه دون الآخر وإنما لم يملكه المشتري كيلا يجتمع البدل والمبدل في ملك شخص واحد وهذا عند أبي حنيفة، وقالا: يملكه لأنه لو خرج عن ملك البائع ولم يدخل في ملك المشتري لكان زائلاً لا إلى مالك ولا عهد لنا به في الشرع، وله أن الثمن لم يخرج عن ملكه لأن الخيار يعمل في حق من له الخيار، ولو دخل في ملكه لدخل بلا عوض واجتمع في ملك شخص واحد العوض والمعوّض ولا عهد لنا به في الشرع، لأن الخيار شرع نظراً له لينظر فيه هل هو موافق أم لا، فلو دخل في ملكه يفوت ذلك فيما إذا اشترى قريبه لأنه يعتق عليه فيعود على موضوعه بالنقض، وجاز أن يوجد خروج ملكه بلا دخول في ملك غيره كعبيد الكعبة يخرجون عن ملك ملاكهم، ولا يدخلون في ملك أحد عند الشراء للكعبة، وكذا التركة المستغرقة بالدين تخرج عن ملك الميت ولا تدخل في ملك الورثة، ولا يقال: على هذا تكون سائبة وهي منهي عنها لأنا نقول: الحال موقوف أن أجيز البيع يستند إلى وقت العقد فيتبين أنه ملكه من ذلك الوقت، ولهذا كان له الزوائد وإن فسخ بان أنه غير زائل عن ملكه فكيف يكون من السائبة مع وجود سبب الانتقال ومع توقع حكمه.

قال: (**وبقبضه يهلك بالثمن كتعيبه**) أي بسبب قبضه يضمن ثمنه إذا هلك،

الصحيح مع أن الحكم في الفاسد كذلك حملاً لحال المسلمين على الصلاح اهـ **قوله: (يخرج عن ملك الميت)** فيه نظر بل هي مبقاة على ملك الميت لحاجته، كذا ذكر في غير موضع اهـ **قوله: (ولهذا كان له الزوائد)** أي إذ الحكم عند تمام السبب يثبت من أول السبب اهـ وكتب على قوله الزوائد ما نصه: الحاصلة في مدة الخيار، وأما الكسب فيتصدّق به ينظر في آخر غصب فتاوى الولوالجي اهـ (فرع) الولد العقر والثمرة واللبن يمنع الرد بالإجماع وغير المتولدة كالكسب والغلة لا يمنع بالإجماع، فإن أجاز البيع فالغلة والكسب للمشتري، وإن فسخ فكذلك عندهما وعند أبي حنيفة رحمه اللّه للبائع اهـ عمادي. **قوله في المتن: (وبقبضه)** أي قبض المشتري فيما إذا كان الخيار له اهـ

كما يضمن إذا تعيب والمراد بالعيب عيب لا يرتفع كقطع اليد، فإن كان يرتفع كالمرض فهو على خياره فإن ارتفع في المدة لا يلزمه وإلا لزمه، لأنه بدخول العيب فيه عند المشتري، يمتنع الرّد على البائع لعجزه عن الرّد كما قبضه، والهلاك لا يعرى عن مقدمة عيب فيهلك بعد ما انبرم العقد فيلزمه الثمن بخلاف ما إذا كان الخيار للبائع، لأنه بدخول العيب فيه لا يمتنع الرّد إذ لا يعجز عن التصرف بحكم الخيار فلا يسقط خياره وإن أشرف على الهلاك فلو لزم البيع فيه إنما يلزم بعد موته وذلك لا يجوز لأنه لم يبق محلاً للبيع فكان مضموناً عليه بالقيمة ضرورة.

قال: (فلو اشترى زوجته بالخيار بقي النكاح) لأنه لم يملكها لأن خيار المشتري يمنع من دخول المبيع في ملكه على ما بينا.

قال: (فإن وطئها فله أن يردّها) لأن الوطء بحكم النكاح لا بحكم ملك اليمن، إذ لا يملكها بهذا الشراء إلا إذا نقصها الوطء لأنها تتعيب به، وليس له أن يردّها عليه بعد ما تعيبت عنده على ما ذكرنا وهذا عند أبي حنيفة، وعندهما ليس له أن يردّها مطلقاً لأن النكاح انفسخ بملكه إياها فيكون الوطء بحكم ملك اليمن فيمتنع الردّ كما إذا اشترى غير زوجته فوطئها، وهذه المسألة تظهر فيها ثمرة الخلاف بينهم ولها نظائر منها عتق العبد المشترى على المشتري **إذا كان قريباً** له، **ومنها عتقه** إذا كان قد حلف بعتقه بأن قال: إن ملكت عبداً فهو حر، **بخلاف ما إذا قال: إن اشتريته** لأنه يصير كالمنشئ في تلك الحالة في حق تصحيح الجزاء لا غير حتى لا يجزئه عن الكفارة إذا نواه بخلاف شراء القريب على ما عرف في موضعه، ومنها أن الأمة المشتراة لو حاضت عند المشتري بعد القبض لا يجتزأ به عن الاستبراء لعدم الملك، وعندهما يجتزأ به لوجوده، ولو رجعت إلى البائع بالفسخ بحكم الخيار لا يجب عليه الاستبراء لعدم دخولها في ملك غيره عنده، وعندهما يجب إذا رجعت إليه بعد القبض، وإن رجعت إلى ملكه قبل القبض لا يجب عليه الاستبراء استحساناً / [١٢٦ب/٢] كما لو كان البيع باتاً ثم تفاسخا بإقالة أو غيره، فإنه يجب عليه الاستبراء بعد القبض قياساً واستحساناً، وقبل القبض يجب قياساً وفي الاستحسان لا يجب إجماعاً ومنها ما إذا اشترى منكوحته وقد ولدت منه أو حبلى منه لا تصير أم ولد له خلافاً لهما، وثمرة الخلاف تظهر أيضاً **فيما إذا ولدت منه قبل القبض في يد البائع**، وإن قبضها

قوله: (إذا كان قريباً) أي قرابة محرمة عندهما وعنده لا يعتق حتى تنقضي المدّة ولم يفسخ لأنه لم يملكه اهـ فتح. **قوله: (ومنها عتقه)** أي عندهما خلافاً لأبي حنيفة لأنه لم يملكه بسبب الخيار فلم يوجد الشرط، وعندهما وجد فعتق لأنه ملكه اهـ **قوله: (بخلاف ما إذا**

المشتري فولدت في مدة الخيار لزم البيع بالإجماع، لأنها تتعيب بالولادة ولا يملك ردّها بعد التعيب في يده، بخلاف ما إذا ولدت قبل القبض عند أبي حنيفة وهو نظير ما إذا اشترى حبلى من غيره بشرط الخيار فقبضها فولدت عنده يبطل خياره ويلزم البيع لما ذكرنا، ومنها ما إذا قبض المشتري المبيع بإذن البائع ثم أودعه عنده فهلك في يده هلك من مال البائع عنده، لأن قبضه يرتفع بالردّ لعدم الملك فهلاكه بعد ذلك في يد البائع إن كان في المدّة فهو هلاك قبل القبض وقبل الملك، وإن كان بعد مضيها فهو هلاك قبل القبض فيكون من ماله كما في البيع البات، وعندهما من مال المشتري لصحة الإيداع باعتبار قيام الملك له فصار كما إذا كان له خيار الرؤية أو العيب، والفرق له أنهما لا يمنعان وقوع ملك المشتري فيكون الإيداع صحيحاً بخلاف خيار الشرط، ومنها ما لو كان المشتري بالخيار عبداً مأذوناً له في التجارة فأبرأه البائع عن الثمن في مدة الخيار بقي خياره عنده، لأنه لما لم يملكه كان الرد امتناعاً عن التملك والمأذون له يملك الردّ، وإن كان التمليك بغير عوض كما إذا وهب له فإن له أن يمتنع عن القبول، وعندهما بطل خياره لأنه لما ملكه كان الردّ منه تمليكاً بلا عوض، وهو لا يملك ذلك بخلاف الحر فصار كما لو كان له خيار رؤية أو عيب في البيع البات فأبرأه البائع عن الثمن فإنه لا يملك ردّه عليه بعد القبض بالإجماع، وجوابه أنهما لا يمنعان الوقوع في الملك على ما بينا، وذكر في المحيط أنه لا يملك الإبراء عن الثمن إلا عند أبي يوسف لأنه لم يملكه، لأن خيار المشتري يمنع خروج الثمن عن ملكه وهو القياس ووجه الاستحسان أنه إبراء بعد وجود سببه فيصح، ومنها ما لو اشترى ذمي من ذمي خمراً على أنه بالخيار ثم أسلم المشتري في مدة الخيار بطل الخيار عندهما لأنه ملكها فلا يملك تمليكها بالردّ وهو مسلم، وعنده يبطل البيع لأنه لم يملكها بإسقاط الخيار وهو مسلم، ولو أسلم البائع والخيار للمشتري بقي على خياره بالإجماع، **ولو ردّها المشتري عادت** إلى ملك البائع لأن العقد من جانب البائع بات، فإن أجازه صار له وإن فسخ صار الخمر للبائع والمسلم من أهل أن يتملك الخمر حكماً كما في الإرث، ولو كان الخيار للبائع فأسلم هو بطل البيع لأن المبيع لم يخرج عن ملكه والمسلم لا يقدر أن يملك الخمر، ولو أسلم المشتري لا يبطل العقد والبائع على خياره لأن العقد من جهة المشتري بات فإن أجاز العقد صار له، لأن المسلم من أهل أن يملك الخمر حكماً، وإن فسخه كان

قال: إن اشتريته) أي حيث يعتق اتفاقاً اهـ **قوله: (فيما إذا ولدت منه قبل القبض في يد البائع)** أي فعندهما تصير أم ولد له خلافاً للإمام اهـ **قوله: (ولو ردّها المشتري عادت)** لا يظهر لقوله وإن ردّها المشتري فائدة لأن قوله: بعد وإن فسخ إلخ يغني عنه اهـ **قوله: (فصار مسلطاً له**

للبائع وهذا كله فيما إذا أسلم أحدهما بعد القبض والخيار لأحدهما، وإن أسلم قبل القبض بطل البيع في الصور كلها سواء كان البيع باتاً أو بشرط الخيار لأحدهما أو لهما، لأن للقبض شبهاً بالعقد من حيث أنه يفيد ملك التصرف فلا يملكه بعد الإسلام، وإن أسلم أحدهما أو كلاهما بعد القبض، وكان البيع باتاً لا يبطل لأنه قد تم بالقبض بخلاف ما إذا كان بشرط الخيار على ما مر، ومنها مسلم اشترى من مسلم عصيراً بشرط الخيار فتخمر العصير في المدة فسد البيع عنده وعندهما تم، ومنها حلال اشترى/ صيداً بشرط الخيار فقبضه ثم أحرم والصيد في يده ينتقض البيع ويردّه إلى البائع عنده وقالا: يلزم المشتري، ولو كان الخيار للبائع ينتقض في قولهم جميعاً، وإن كان الخيار للمشتري فأحرم البائع فللمشتري أن يردّه، ومنها ما لو اشترى داراً هو ساكنها بإجارة أو عارية فاستدام السكنى بعد الشراء لا يكون اختياراً عنده وعندهما اختيار لأنه ملك العين فكان سكناه بحكم ملك العين، وقال السرخسي رحمه اللّه: ابتداء السكنى اختيار لأن الدار لا تمتحن بالسكنى بخلاف الاستمرار. [١٢٧/أ/٢]

قال: (فإن أجاز من له الخيار في غيبة صاحبه صح وإن فسخ لا) وهذا عند أبي حنيفة، ومحمد وقال أبو يوسف: له أن يفسخ أيضاً مع غيبة صاحبه لأن الشرط كان بمساعدته **فصار مسلطاً له على الفسخ** فلا يتوقف على علمه كالفسخ بالفعل **مثل إعتاق من له الخيار** أو بيعه أو وطئه أو تقبيله بشهوة وكالإجارة فإن علم الآخر لا يشترط فيها، فلهذا لا يشترط رضاه **فصار كالوكيل بالبيع** فإنه يجوز له التصرف من غير علم الموكل، **ولهما أنه بالفسخ يلزم صاحبه** الضرر إذ لا يتمكن من العمل بموجب الفسخ من غير علم، كالامتناع من التصرف والوطء والاستخدام بل يقدم على هذه التصرفات اعتماداً على ما سبق من البيع فتلزمه الغرامة، **وكذا لا يطلب** لسلعته مشترياً لما قلنا،

على الفسخ) أي والدليل على التسليط أنه لا يشترط رضا صاحبه في الفسخ اهـ إتقاني.
قوله: (مثل إعتاق من له الخيار) يعني إذا صدر الإعتاق والبيع والوطء أو التقبيل بشهوة ممن له الخيار يعني البائع فإن ذلك يكون فسخاً، أما لو صدرت هذه المذكورات من المشتري والخيار له فإنها حينئذ تكون إجازة اهـ ك. **قوله: (فصار كالوكيل بالبيع)** فإنه يجوز له التصرف من غير علم الموكل اهـ **قوله: (ولهما أنه بالفسخ يلزم صاحبه)** يعني إذا كان الخيار للبائع وفسخ بلا علم المشتري فتصرف المشتري في المبيع بعد مضي المدّة اعتماداً على البيع السابق، وعلى أن العقد تم بمضي المدّة فتلزمه الغرامة قال الإتقاني: وإذا فسخ البائع بلا علم المشتري يتصرف المشتري في المبيع اعتماداً على البيع السابق فيغرم قيمته إذا هلك وربما تكون القيمة أكثر من الثمن وفيه الضرر والغرر اهـ **قوله: (وكذا لا يطلب إلخ)** أي

فلا بد من علمه دفعاً للضرر عنه، كعزل الوكيل وحجر العبد المأذون له عن التصرف وفراق الشريك ونهي المضارب عن التصرف بخلاف الإجازة لأنه لا ضرر فيها على صاحبه، إذ هو موافق له فيها وبخلاف الفسخ بالفعل لأنه حكمي، ولا يشترط العلم في الحكمي كعزل الوكيل والمضارب والشريك وحجر العبد المأذون له في التجارة حكماً كارتداده ولحاقه بدار الحرب مرتداً وكجنونه مطبقاً، ولا نسلم أنه مسلط على الفسخ من جهة صاحبه وكيف يسلطه عليه وهو بنفسه لا يملك الفسخ، وإنما يفسخ لكون العقد غير لازم في حقه لا بتسليط منه فيشترط علمه بخلاف الوكيل حيث يجوز له التصرف من غير علم الموكل لأنه مسلط من جهته، وكذا المضارب ولو فسخ حال غيبة صاحبه وبلغه في المدة صح، ولو مضت المدة قبل العلم به **تم العقد ولزم** والحيلة فيه أن يأخذ منه وكيلاً حتى إذا بداله الفسخ ردّه عليه، وقال بعضهم: أنه لو رفع الأمر إلى الحاكم وأعلمه بذلك ونصب من يخاصم عنه صح الردّ عليه وذكر الكرخي أن خيار الرؤية على هذا الخلاف، وفي خيار العيب **لا يصح فسخه بغير علمه بالإجماع** لأنه لا يثبت إلا بالقضاء.

قال: (وتم العقد بموته وبمضي المدة والإعتاق وتوابعه والأخذ بشفعة) يعني يتم العقد بواحد من هذه الجملة، **أما الأوّل وهو موت من له الخيار** فلأن الخيار بموته يبطل ولا ينتقل إلى الورثة عندنا، **وقال الشافعي رحمه الله: يورث عنه** لأنه حق لازم ثابت له في البيع فيجري فيه الإرث **كخيار العيب والتعيين**، ولنا أن الخيار صفة للميت فلا ينتقل عنه كسائر أوصافه، وإنما قلنا: أنه صفة له **لأنه ليس هو إلا مشيئة وإرادة**

وكذا يلزم الضرر على البائع فيما إذا كان الخيار للمشتري وفسخ بلا علم البائع اهـ **قوله: (تم العقد ولزم)** أي لأن تمام المدّة دلالة لزوم البيع اهـ إتقاني. **قوله: (لا يصح فسخه بغير علمه بالإجماع)** وفي جامع المحبوب[1] لو كان قبل القبض يصح الفسخ بغيبة الآخر اهـ ابن فرشتا. **قوله: (أما الأول وهو موت من له الخيار)** أي سواء كان بائعاً أو مشترياً اهـ **قوله: (وقال الشافعي: يورث عنه)** والمراد بنفي التوريث عندنا أن العقد لا ينفسخ بفسخ الوارث كما كان ينفسخ بفسخ المورث حال حياته اهـ إتقاني. **قوله: (كخيار العيب والتعيين)** أي كما إذا اشترى أحد الثوبين على أن المشتري بالخيار في أحدهما يأخذ أيهما شاء بثمن معلوم ويرد الآخر اهـ غاية. **قوله: (لأنه ليس هو إلا مشيئة وإرادة)** بنصبهما بدل من خبر ليس أي ليس الخيار شيئاً إلا مشيئة وإرادة اهـ غاية. وكتب على قوله وإرادة ما نصه: أي إرادته الفسخ أو الإجازة وإرادته قد انقطعت بموته كسائر تصرفاته اهـ والحاصل أن الإرث إنما يكون في شيء يتصوّر انتقاله لا فيما لا يتصوّر انتقاله والخيار لا يتصوّر انتقاله، وإنما قلنا: إن الإرث

---

(١) انظر كشف الظنون (١ / ٥٦١).

فصار كخيار المجلس عنده بخلاف خيار العيب لأن المورث استحق المبيع سليماً، فكذا الوارث لأنه ورث خياره وهذا لأنه بالعيب فات الجزء السليم فللمورث أن يطالب بذلك الجزء فيقوم الوارث مقامه فيه، ولهذا يثبت له الخيار فيما تعيب في يد البائع بعد موت المورث، وإن لم يثبت للمورث وخيار التعيين يثبت للوارث ابتداء لاختلاط ملكه بملك [الغير][1]، لأن الخيار يورث فإذا بطل الخيار لزم البيع وتم، وأما الثاني: وهو ما إذا مضت مدة الخيار فلأنه بمضيها **يبطل خياره** إذ لم يثبت له الخيار إلا في تلك المدة كالمخيرة في وقت مقدر لم يبق لها الخيار بعد مضيه ومن ضرورة بطلان الخيار تمام العقد ولزومه/ لزوال المانع، وأما الثالث وهو الإعتاق [١٢٧ ب/٢] وتوابعه فلأن هذه التصرفات دليل الاستبقاء لأنها تعتمد الملك والمراد بتوابع العتق التدبير والكتابة، وكذلك كل تصرف لا يحل إلا في الملك كالوطء والتقبيل واللمس بشهوة يتم به البيع، وكذا كل تصرف لا ينفذ إلا في الملك كالبيع والإجارة، وهذا كله إذا كان الخيار للمشتري ووجد منه شيء من هذه الأشياء وإن كان الخيار للبائع وفعل شيئاً من هذه الأشياء في المدة انفسخ البيع لما ذكرنا أنه دليل الاستبقاء، ولو كان الفعل يحل في غير الملك لا يتم به البيع كالاستخدام والركوب ونحو ذلك لأنه يفعل للامتحان والتجربة **فلا يكون دليل الاستبقاء**، وأما الرابع وهو الأخذ بالشفعة وصورته أن يشتري داراً بشرط الخيار ثم تباع دار أخرى بجنبها فيأخذها المشتري بشرط الخيار بالشفعة فلأن الأخذ بها لا يكون إلا بالملك فكان دليل الإجازة، وهذا لأن الشفعة شرعت نظراً للملاك لدفع ضرر يلزمهم على الدوام فكان الأخذ بها دليل الاستبقاء فيتضمن سقوط الخيار سابقاً عليه فيثبت له الملك فيها من وقت الشراء فيظهر أن الجواز كان سابقاً، ولأنه أحق الناس بالتصرف فيها فكان أولى بالشفعة، وإن لم يملكها **كالمكاتب والعبد المأذون له في التجارة، وهذا التقدير يحتاج إليه لأبي حنيفة**،

فيما يتصوّر انتقاله لأن سائر تصرفات المورث من القدرة والعلم ونحو ذلك لا تورث، وكذا منكوحته لا تورّث اهـ **قوله**: (**يبطل خياره**) أي خيار من له الخيار من بائع أو مشتر اهـ **قوله**: (**فلا يكون دليل الاستبقاء**) وهذا إنما يتأتى بالنسبة إلى جانب المشتري، أما في جانب البائع فلا حاجة إلى الامتحان فينبغي أن يكون استخدامه دليل الاستبقاء اهـ **قوله**: (**كالمكاتب والعبد والمأذون له في التجارة**) أي فإنهما يستحقان الشفعة وأن يملكا رقبة الدار بخلاف ما إذا كان الخيار للبائع فالمشتري هنا لم يصر أحق بالتصرف فيها اهـ فتح. وكتب على قوله: المأذون له في التجارة ما نصه أي المستغرق بالدين اهـ فتح. **قوله**: (**وهذا**

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من المطبوع.

وأما على قولهما فإن المشتري بالخيار يملك الدار فلا يحتاج إلى هذا التقدير لثبوت الملك وإنما يحتاج إليه لسقوط الخيار لا غير، وهذا لأن خياره يسقط به إجماعاً بخلاف خيار الرؤية **حيث لا يسقط بأخذ الشفعة** فيما إذا بيعت دار بجنبها فأخذها بها لأنه لا يسقط بالصريح فكذا بالدلالة.

قال: (ولو شرط [المشتري](١) الخيار لغيره صح وأيهما أجاز أو نقض صح) أي أجاز المشتري أو من شرط له الخيار أو نقضه جاز، وقال زفر رحمه الله: لا يجوز اشتراط الخيار لغير العاقد وهو القياس لأن الخيار من مواجب العقد ومن أحكامه فلا يجوز اشتراطه لغير العاقد كاشتراط الثمن على غيره، وهذا لأن اشتراط ما لا يقتضيه العقد مفسد وفيه ذلك فيفسد، ولنا أن اشتراط الخيار لغير العاقد اشتراط للعاقد لأنه لا وجه لإثبات الخيار لغير العاقد بطريق الأصالة ويمكن إثباته بطريق النيابة [عن العاقد فيجعل كأنه شرط الخيار](١) لنفسه وجعل الأجنبي نائباً عن نفسه اقتضاء تصحيحاً لتصرفه، وزفر لا يقول بالاقتضاء ولا بالاستحسان فإذا كان نائباً عنه يكون لكل واحد منهما الخيار فأيهما أجاز أو نقض صح، لأن كل واحد منهما ملك التصرف أصالة أو نيابة.

قال: (فإن أجاز أحدهما ونقض الآخر فالأسبق أحق) لوجوده في زمان لا يزاحمه فيه أحد وتصرف الآخر بعده يلغو لأن السابق إن كان فسخاً فالمفسوخ لا تلحقه الإجازة، وإن كان إجازة فقد انبرم العقد وبعد انبرامه لا ينفرد أحد المتعاقدين بفسخه.

قال: (وإن كانا معاً فالفسخ) أي لو فسخ أحدهما وأجاز الآخر وخرج الكلامان

التقدير يحتاج إليه لأبي حنيفة) أي لأنه القائل بأن المشتري بالخيار لا يدخل في ملك المشتري فلا يشفع بها وقد قال: يشفع بها فاحتاج إلى جعله فعلاً يفيد الرضا بالبيع فينبرم البيع فيثبت الملك من وقت عقد الخيار فيكون سابقاً على شراء ما فيه الشفعة اهـ فتح. **قوله: (وأما على قولهما)** قال الكمال: وأما على قولهما فلا حاجة لأنهما قائلان بأن المشتري بالخيار ملكها فيتجه له الشفعة به والوجه أنهما أيضاً يحتاجان إلى زيادة ضميمة لأن الملك وإن كان ثابتاً عندهما فله رفعه فهو مزلزل والشفعة لدفع الضرر المستمر، فحين شفع دل على قصده استبقاء الملك فيسقط خياره فلا يفسخ بعد ذلك اهـ كمال. **قوله: (حيث لا يسقط بأخذ الشفعة)** أي حتى إذا رآها كان له أن يردها بعد ما شفع بها، وسيأتي أنه لو أسقط خيار الرؤية صريحاً لا يسقط لأنه معلق بالرؤية فقبلها هو عدم، فحقيقة قولنا ثبت له خيار الرؤية أنه إذا رآها ثبت له خيار الرؤية، وكذا لا يبطل خيار العيب بالأخذ بالشفعة

(١) ما بين معكوفتين زيادة من المطبوع.

منهما معاً كان الفسخ أولى من الإجازة من أيهما كان وهو رواية كتاب المأذون من المبسوط، وفي رواية كتاب البيوع منه تصرف المالك أولى فسخاً كان أو إجازة، لأن الأصل أقوى إذ النائب يستفيد الولاية منه فلا يصلح أن يكون معارضاً للأصل، ولأنه لما أقدم على التصرف كان عزلاً له منه بالفعل حكماً وهو يملك ذلك صريحاً بالقول فكذا دلالة بالفعل، وهذا لأن تصرف النائب إنما جاز للحاجة، ولا حاجة عند مباشرة المتصرف بنفسه فيلغو **بخلاف ما إذا وكله** أن يطلق امرأته البتة فطلقها الوكيل والموكل حيث يقع عليها طلاق أحدهما غير معين ولا يقدم تصرف الموكل، لأن الوكيل في باب / الطلاق سفير ومعبر فكان الموجود من الوكيل منسوباً إليه، ولهذا يحنث في [١٢٨ أ/٢] يمينه أن لا يطلق فكان الصادر عن الوكيل صادراً عن الموكل بخلاف الوكيل في البيع على ما عرف في موضعه، وجه الأول وهو الأصح أن المعارضة من جهة المتصرف متحققة لأن كل واحد منهما مالك للتصرف وتعذر العمل بهما للاستحالة فوجب الترجيح بحال التصرف والفسخ أقوى، لأنه يردعلى المجاز دون العكس فكان أولى بالاعتبار كنكاح الحرة والأمة إذا وجدا معاً ينفذ نكاح الحرة لأنه أقوى لوروده على نكاح الأمة دون العكس **ولا يقال**: **المجاز** يلحقه الفسخ، ألا ترى أنه لو كان الخيار لأحدهما وفسخ بحضرة صاحبه ثم هلك المبيع في يد المشتري قبل التسليم إلى البائع عاد الحال على ما كان حتى يجب عليه الثمن إن كان الخيار للمشتري والقيمة إن كان الخيار للبائع، كما إذا هلك في يده قبل الفسخ لأنا نقول: هذا لا يلزمنا لأن كلامنا في إجازة ترد على المفسوخ ولا إجازة هنا فلا يرد علينا، وقيل: ما ذكرنا في المأذون قول أبي يوسف لأنه لا يقدم تصرف المالك بل يستويان عنده وما ذكره في البيوع قول محمد، لأنه يقدم تصرف المالك على تصرف النائب عنده واستخرج ذلك مما إذا باع الوكيل من شخص وباع الموكل من غيره فعند محمد يملكه المشتري من المالك تقديماً لتصرف المالك، وعند أبي يوسف يستويان فيكون بين المشتريين نصفين لاستواء التصرف في عدم تقديم المتصرف بالملك عنده، **ويثبت لكل واحد منهما الخيار** لتفرق الصفقة عليهما.

قال: (لو باع عبدين على أنه بالخيار في أحدهما إن فصل **وعين صح** وإلا لا) أي صح إن فصل ثمن كل واحد منهما وعين الذي فيه الخيار، لأن الذي فيه الخيار

اهـ كمال. **قوله**: (**بخلاف ما إذ وكله**) أن يطلق امرأته البتة أراد به الثلاث اهـ **قوله**: (**ولا يقال**: **المفسوخ**) الذي في النسخ، ولا يقال: المجاز يلحقه الفسخ فليتأمل اهـ **قوله**: (**ويثبت لكل واحد منهما الخيار**) أي إن شاء أخذ النصف بنصف الثمن وإن شاء ترك ونقض البيع اهـ **قوله في المتن**: (**وعين صح إلخ**) بأن يقول: بعتك كل واحد من هذين بخمسمائة على أني

كالخارج عن العقد إذ العقد مع الخيار لا ينعقد في حق الحكم فكان الداخل في العقد غيره فما لم يكن ذلك الداخل معلوماً وثمنه معلوماً لا يجوز إذ جهالة المبيع والثمن مفسدة للعقد ولن يكونا معلومين إلا بالتفصيل والتعيين وهذه المسألة على أربعة أوجه، أحدها: أن يفصل الثمن ويبين الذي فيه الخيار، والثاني: أن لا يبين واحداً منهما، **والثالث: أن يبين الثمن دون الآخر، والرابع: بالعكس** والعقد فاسد في الكل **إما لجهالة الثمن أو لجهالة المبيع** أو لجهالتهما إلا في الأولى **لانتفاء الجهالة عنهما**، فإن قيل: لا يخلو إما أن تجعل المستثنى داخلاً في العقد أو لا، فإن جعلته داخلاً فيه وجب أن يجوز وإن لم يبين ولم يفصل إذ ليس بيان كل جزء من أجزاء المبيع ولا بيان ثمنه شرطاً لجواز البيع، وإن كان جعلته غير داخل فيه وجب أن لا يجوز وإن بيّن وفصل **لأنك جعلت قبول العقد في غير المبيع** شرطاً لصحة العقد في المبيع وهو فاسد، كما لو جمع بين حر وعبد أو شاة ذكية وميتة، فإنه لا يجوز وإن بينهما **قلنا: هو داخل**

بالخيار في هذا الانتفاء المفسد لجهالة أحد الأمرين اهـ فتح. **قوله: (كالخارج عن العقد)** أي إلى وقت سقوط الخيار فينعقد حينئذ اهـ **قوله: (إذ العقد مع الخيار لا ينعقد)** إلخ قال الإتقاني رحمه الله: أما الوجه الأول فإنما فسد لجهالة المبيع والثمن جميعاً وهذا لأن البيع بشرط الخيار لا ينعقد في حق الحكم، بل هو موقوف في حق الحكم إلى وقت سقوط الخيار فينعقد حينئذ لما أن الخيار داخل في الحكم دون السبب فيمنع الحكم بعد السبب اهـ وقال الكمال رحمه الله: لأن الذي فيه الخيار لا ينعقد البيع فيه في حق الحكم فكان كأنه خارج عن البيع، والبيع إنما هو في الآخر وهو مجهول لجهالة من فيه الخيار ثم ثمن المبيع مجهول لأن الثمن لا ينقسم في مثله على المبيع بالأجزاء اهـ **قوله: (والثالث أن يبين الثمن دون الآخر)** أي كأن يقول البائع: بعتك كل واحد من هذين بخمسمائة على أني بالخيار في أحدهما اهـ وكتب على قوله: دون الآخر ما نصه أي لم يبين الذي فيه الخيار اهـ **قوله: (والرابع بالعكس)** أي وهو أن يعين الذي فيه الخيار ولا يفصل الثمن اهـ **قوله: (إما لجهالة الثمن)** أي لما أن من فيه الخيار ليس بداخل في الحكم فيبقى الآخر مفرداً وثمنه مجهول اهـ إتقاني. وقال الكمال: لأن المبيع وإن كان معلوماً يتعين من فيه الخيار إلا أن ثمنه مجهول لما قلنا : أن الثمن لا ينقسم عليهما بالسوية اهـ **قوله: (أو لجهالة المبيع)** وهذا لما قلنا: أن الذي هو فيه الخيار ليس بداخل في حكم العقد فيبقى الآخر مفرداً وهو مجهول اهـ إتقاني. وكتب على قوله أو لجهالة المبيع ما نصه: بسبب جهالة من فيه الخيار اهـ فتح. **قوله: (لانتفاء الجهالة عنهما)** أي بأن يقول: بعتك هذين بألف على أني بالخيار في هذا اهـ **قوله: (لأنك جعلت قبول العقد في غير المبيع)** أي وغير المبيع هو الذي فيه الخيار اهـ **قوله: (قلنا إلخ)** قد أجاب صاحب الهداية رحمه الله عن السؤال المذكور بعد أن

صيغة غير داخل حكماً، فإذا كان داخلاً من وجه دون وجه ينظر فإن كان معلوماً اعتبرناه داخلاً فيجوز وإلا فغير داخل فلا يجوز بخلاف بيع المدبر مع القن حيث يجوز عند بعضهم؛ وإن لم يبين الثمن لأنهما داخلان صيغة وحكماً إذ لم يوجد في حقهما ما يمنع من ذلك، ولهذا لو حكم الحاكم بجواز بيعهما صح، وفيما نحن فيه الخيار يمنع انعقاده في حق الحكم أصلاً، وعند بعضهم لا يجوز حتى يبين الثمن فعلى هذا لا فرق بينهما، ولو اشترى كيلياً أو وزنياً أو عبداً واحداً على أنه بالخيار في نصفه جاز فصل الثمن أو لم يفصل، لأن النصف من الشيء الواحد لا يتفاوت، ولا فرق بين أن يكون الخيار للبائع أو للمشتري.

قال: (**وصح خيار التعيين** فيما دون الأربعة) وهو أن يبيع أحد العبدين أو الثوبين على أن يأخذ أيهما شاء **أو يبيع أحد الثلاثة على أن يأخذ أيها شاء** ولا يجوز ذلك في الأربعة وهذا/ استحسان، وقال زفر والشافعي رحمهما الله: لا يجوز هذا أصلاً [١٢٨ ب/٢] وهو القياس لجهالة المبيع وجه الاستحسان أن شرع الخيار للحاجة إلى دفع الغبن ليختار ما هو الأرفق والأوفق، **والحاجة إلى هذا النوع من البيع متحققة** لأنه يحتاج إلى اختيار من يثق برأيه أو اختيار من يشتريه لأجله، ولا يمكنه البائع من الحمل إليه إلا بالشراء كيلا يبقى أمانة في يده فكان في معنى خيار الشرط **وهذه الجهالة لا تفضي إلى**

أشار إلى السؤال بقوله: وقبول العبد في الذي فيه الخيار إن كان شرطاً لانعقاد العقد في الآخر، لكن هذا غير مفسد للعقد لكونه أي من فيه الخيار محلاً للبيع فهو كما لو جمع بين قن ومدبر وباعهما بألف حيث ينفذ البيع في القن بحصته، وإن كان قبول العقد في المدبر شرطاً فيه وذلك لدخول المدبر في البيع لمحليته له في الجملة، ولهذا لو قضى القاضي بجواز بيعه جاز وكان القبول شرطاً صحيحاً فكذا فيما نحن فيه، بخلاف ما شبه به من الجمع بين الحرّ والعبد لأن الحر ليس بمال أصلاً فلا يدخل في البيع بحال فكان اشتراط قبوله اشتراط شرط فاسد اهـ **قوله**: (**هو داخل**) أي الذي فيه الخيار اهـ **قوله**: (**صيغة**) أي في العقد اهـ **قوله في المتن**: (**وصح خيار التعيين إلخ**) وخيار العيب والتعيين يورث بالإنفاق اهـ إتقاني. في خيار الرؤية قوله: يورث ينظر كلام الشارح الزيلعي رحمه الله في خيار الشرط عند قوله وتم العقد بموته فإن فيه ما يخالف قوله: يورث فتنبه والله الموفق. **وقوله**: (**وهو أن يبيع**) نسخة وهو أن يشتري اهـ **قوله**: (**أو يبيع أحد الثلاثة**) نسخة أو يشتري. **قوله**: (**على أن يأخذ أيها شاء**) أي وبين ثمن كل واحد منها على حدة، وثمن الكل متفق أو مختلف اهـ كي. **قوله**: (**والحاجة إلى هذا النوع من البيع متحققة**) أي لأن الإنسان قد يحتاج إلى زوج خف ونحو ذلك ولايتيسر له أن يخرج إلى السوق بنفسه بأن يكون من الرؤوساء أو من الدهاقين أو من النساء في البيوت فيحمل إليه من يقوم مقامه في الشراء من الأنواع الثلاثة

المنازعة لتعين من له الخيار، فلا يمنع الجواز غير أن هذه الحاجة تندفع بالثلاثة لوجود الجيد والرديء والوسط فيها **فلا حاجة إلى الأربعة**، وثبوت الرخصة للحاجة وكون الجهالة غير مفضية إلى المنازعة فلا يثبت بأحدهما ثم قيل: يشترط أن يكون في هذا العقد خيار الشرط مع خيار التعيين وهو المذكور في الجامع الصغير، **قال شمس الأئمة: هو الصحيح**، وقيل: لا يشترط وهو المذكور في الجامع الكبير فيكون ذكره على هذا الاعتبار اتفاقاً لا شرطاً، **قال فخر الإسلام: هو الصحيح** فعلى قول هذا القائل إذا لم يشترط خيار الشرط يلزم العقد في أحدهما حتى لا يردّ إلا أحدهما، وعلى قول الكرخي: له أن يردّهما لأن هذا الخيار عنده بمنزلة خيار الشرط، وقال قاضيخان: وضع محمد رحمه اللّه هذه المسألة هاهنا يعني في الجامع الصغير فيما إذا بين مدة الخيار فقال: يأخذ أيهما شاء بعشرة دراهم وهو بالخيار ثلاثة أيام ووضعه، وكذا في المأذون ووضعها في الجامع الكبير وغيره على أن يأخذ أيهما شاء ولم يذكر الزيادة، وإذا لم يذكر خيار الشرط فلا بد من توقيت خيار التعيين بالثلاث فما دونها عند أبي حنيفة **وبمدة معلومة أيتها كانت عندهما** على قول أكثر المشايخ، لأن القياس يأبى جواز هذا العقد وإنما جاز استحساناً بطريق الإلحاق بشرط الخيار فلا يجوز بدونه، فإن شرط ذلك ثبت له خيار الشرط مع خيار التعيين فإذا ردّهما بخيار الشرط في المدة أو ردّ أحدهما بخيار التعيين كان له ذلك، وإذا مضت المدة بطل خيار الشرط فلا يملك ردّهما جميعاً ويبقى له خيار التعيين فيردّ أحدهما، وإن مات المشتري في مدة الخيار يبطل خيار الشرط ويبقى خيار التعيين للوارث فلا يكون له إلا ردّ أحدهما، قال العبد الضعيف عفا اللّه عنه: إذا لم يذكر خيار الشرط فلا معنى

الجيد والوسط والرديء حتى يختار ما يوافقه اهـ **قوله: (وهذه الجهالة لا تفضي إلى المنازعة)** أي لأن من له الخيار وهو المشتري فوّض إليه الأمر يأخذ أي ذلك شاء اهـ إتقاني. **قوله: (فلا حاجة إلى الأربعة)** أي وإن انعدمت المنازعة فيه بتعين من له الخيار فبقي على أصل القياس اهـ إتقاني. قوله: وكون الجهالة بالجر عطفاً على قوله للحاجة اهـ **قوله: (قال شمس الأئمة)** أي في جامعه اهـ كي. **قوله: (هو الصحيح)** أي وهو قول الكرخي اهـ كي. **قوله: (قال فخر الإسلام)** أي في جامعه اهـ كي. **قوله: (هو الصحيح)** أي وهو قول محمد بن شجاع اهـ كي. **قوله: (وبمدّة معلومة أيتها كانت عندهما)** أي بعد أن كانت معلومة، فإن قيل: ينبغي أن لا يجوز في الزائد على الثلاث عند أبي يوسف لأنه أخذ بالقياس في خيار النقد حتى لم يجوز الزيادة على الثلاث فينبغي أن يكون كذلك هاهنا قلنا قوله: في خيار النقد إن لم ينقد الثمن إلى أربعة أيام تعليق فلا يلحق بخيار الشرط فلا يكون الأثر وارداً في حقه، وأما خيار التعيين من جنس خيار الشرط من حيث أنه لم يكن فيهما حرف التعليق فكان الأثر

لتوقيت خيار التعيين بخلاف خيار الشرط فإن التوقيت فيه يفيد لزوم العقد عند مضي الوقت، وفي خيار التعيين لا يمكن ذلك لأنه لازم في أحدهما قبل مضي الوقت، ولا يمكن تعيينه بمضي الوقت بدون تعيينه فلا فائدة لشرط ذلك، والذي يغلب على الظن أن التوقيت لا يشترط فيه، **ولو شرط خيار التعيين للبائع** اختلف المشايخ فيه فذكر الكرخي في مختصره أنه يجوز استحساناً، قالوا: وإليه أشار في الزيادات ووجهه أنه خيار يجوز اشتراطه للمشتري فكذا له قياساً عليه، وذكر في المجرد أنه لا يجوز **لأنه جوز للمشتري للحاجة** مخالفاً للقياس **ولا حاجة إليه للبائع**، ثم إذا كان خيار التعيين للمشتري وقبضهما **فهلك أحدهما أو تعيب** لزمه البيع فيه بثمنه لامتناع الردّ بالعيب وتعين الآخر للأمانة، لأن الداخل تحت العقد أحدهما، والذي لم يدخل تحت العقد قبضه بإذن مالكه لا على سوم الشراء ولا بطريق الوثيقة فكان أمانة في يده **وتعين الباقي للأمانة** لما ذكرنا، بخلاف ما إذا طلق إحدى امرأتيه أو أعتق أحد عبديه فهلك أحدهما حيث يتعين الباقي للعتاق والطلاق، لأنه حين أشرف على الهلاك لم يخرج من أن يكون محلاً للطلاق والعتاق فلا يعجز عن الإيقاع عليه قبل الهلاك وبعد الهلاك لم يبق الهالك محلاً للإيقاع فتعين الباقي له لبقاء المحلية، وفيما نحن فيه حين/ أشرف على الهلاك عجز عن ردّه [وهو قابل للبيع ولم تبطل مخليته [١٢٩/ ٢/١] فتعين له، وهذا الفرق يرجع إلى أنهما استويا في بقاء المحلية قبل الموت غير أنه في البيع حين أشرف على الهلاك عجز عن ردّه][1] فتعين هو للبيع لأنه قابل له، وفي

وارداً في حقهما معنى كذا قيل اهـ دراية. **قوله: (ولو شرط خيار التعيين للبائع)** أي بأن قال: بعتك هذين الثوبين على أني بالخيار أعني البيع في أحدهما لم يذكر محمد هذه المسألة في بيوع الأصل ولا في الجامع الصغير اهـ كي. **قوله: (لأنه جوّز للمشتري للحاجة)** أي إلى اختيار الأرفق والأوفق اهـ **قوله: (ولا حاجة إليه للبائع)** أي لأن المبيع كان معه قبل البيع فيرّد جانبه إلى ما يقتضيه القياس اهـ كي. **قوله: (فهلك أحدهما أو تعيب)** قال في شرح الطحاوي: ولو هلك أحدهما قبل القبض فلا يبطل البيع والمشتري بالخيار إن شاء أخذ الباقي بثمنه، وإن شاء ترك ولو هلك الكل قبل القبض بطل البيع اهـ إتقاني. **قوله: (وتعين الآخر للأمانة)** فإن قلت: كيف يكون الآخر أمانة حتى إذا هلك لا يغرم لأجله شيئاً ولا يكون هو أدنى من المقبوض على سوم الشراء، قلت: إنما كان ذلك أمانة لأنه اشترى أحدهما لا غير وإنما قبض الآخر ليردّه على البائع إذا تعين أحدهما لا ليتملكه ولا على سوم الشراء، وقد تعين أحدهما هنا فبقي الآخر أمانة لأنه قبضه بإذن البائع لا على جهة البيع فلم يلزمه شيء بسببه اهـ إتقاني. وكتب على قوله: وتعين الآخر للأمانة ما نصه حتى

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من المطبوع.

الطلاق والعتاق كذلك لا يخرج من أن يكون محلاً للإيقاع قبل الموت غير أنه لا يعجز عنه فبقي مخيراً إلى الهلاك فإذا هلك خرج من أن يكون محلاً له، فلو وقع عليه لوقع بعد الموت وهما لا يقعان بعده فتعين الباقي ضرورة هذا إذا هلك أحدهما قبل الآخر، **وإن هلكا معاً** يلزمه نصف ثمن كل واحد منهما لشيوع البيع، والأمانة فيهما لعدم الأولوية بجعل أحدهما مبيعاً أو أمانة، ولا فرق بين أن يكون الثمن متفقاً أو مختلفاً، **وكذا لو هلكا على التعاقب** ولا يدري الأوّل منهما يجب ثمن نصف كل واحد منهما لما قلنا بخلاف ما إذا تعيبا ولم يهلكا حيث يبقى خياره على حاله وله أن يردّ أحدهما، لأنهما محل لابتداء البيع فكذا للتعيين **بخلاف الهالك**، ولكن ليس له أن يردّهما، وإن كان فيه خيار الشرط له لأن العيب يمنع الردّ بخيار الشرط.

قال: (ولو اشتريا على أنهما بالخيار فرضي أحدهما لا يردّه الآخر) يعني لو اشترى اثنان بشرط الخيار لهما ليس لأحدهما أن يردّ نصيبه إذا أجاز الآخر وهذا عند أبي حنيفة وقالا: له أن يردّه **وعلى هذا الخلاف خيار الرؤية وخيار العيب** لهما أن إثبات الخيار لهما إثباته لكل واحد منهما لأنه شرع لدفع الغبن، وكل واحد منهما محتاج

إذا هلك بعد هلاك الأوّل لا يلزمه شيء اهـ **قوله: (وإن هلكا معاً إلخ)** أي ولو كان خيار التعيين في ثلاثة أثواب وقبضها المشتري والخيار له فهلكت معاً يلزمه ثلث كل واحد منها لما ذكر. ك. **قوله: (وكذا لو هلكا على التعاقب إلخ)** وإن هلك أحدهما قبل الآخر ولكنهما اختلفا فيه فلا تظهر فائدة الخلاف إذا كان الثمن متفقاً، وإنما تظهر إذا كان الثمن مختلفاً بأن يكون ثمن أحدهما عشرة وثمن الآخر عشرين فقال البائع: هلك الذي ثمنه عشرون أوّلاً، وقال المشتري: هلك الذي ثمنه عشرة أوّلاً كان أبو يوسف يقول: يتحالفان فأيهما نكل قضى عليه بما ادّعاه صاحبه وإن حلفا جميعاً يجعل كأنهما هلكا معاً ولزمه نصف ثمن كل واحد منهما ثم رجع، وقال القول: قول المشتري مع يمينه وهو قول محمد، لأن الثمن صار ديناً على المشتري هذا إذا لم يكن لهما بينة، فلو أقام دفعه أحدهما البينة قبلت فإن أقاما جميعاً فبينة البائع أولى لأنها تثبت الفضل اهـ إتقاني. **قوله: (بخلاف الهالك)** أي فإنه ليس بمحل لابتداء البيع فلا يكون محلاً لتعينه اهـ **قوله: (وعلى هذا الخلاف خيار الرؤية وخيار العيب)** أي قبل القبض وبعده يعني إذا اشتريا شيئاً ليس لأحدهما أن يردّه بخيار الرؤية أو بخيار العيب بدون صاحبه، وقال الفقيه أبو الليث في شرح الجامع: رجلان اشتريا شيئاً على أنهما بالخيار فرضي أحدهما فليس للآخر أن يردّه في قول أبي حنيفة رحمه الله، وفي قولهما له ذلك، وروي عن أبي حنيفة رواية أخرى قال: يؤمر الآخر بردّه إلى هنا لفظ الفقيه، وقول الشافعي كقولهما اهـ إتقاني. قوله: وروي عن أبي حنيفة رواية أخرى، قال الإتقاني: ووجه الرواية الأخرى أن الذي امتنع من الردّ أراد

إلى دفعه عن نفسه، فلو بطل هذا بإبطال الآخر خياره لم يحصل مقصوده ويلحقه به ضرر وله أن المشروط خيارهما لا خيار كل واحد منهما على انفراده فلا ينفرد أحدهما بالردّ، ولأن حق الردّ ثبت لهما على وجه لا يتضرر به البائع، وفي ردّ أحدهما نصيبه إضرار بالبائع إذ المبيع خرج عن ملكه غير متعيب بعيب الشركة، فلو رده أحدهما لردّه معيباً بها إذ هي عيب في الأعيان لكونه لا يتمكن من الانتفاع به إلا بطريق المهايأة، وليس من ضرورة إثبات الخيار لهما الرضا بردّ أحدهما لتصوّر اجتماعهما على الرّد، وقوله: يلحقه به ضرر قلنا: هذا الضرر يلحقه من جهة نفسه لعجزه عن إيجاد شرط الردّ، وهو مساعدة صاحبه إياه على الردّ والبائع يتضرر بتصرف الراد فكانت رعاية جانب البائع أولى، ولا يقال: البائع رضي بالتبعيض بالبيع لهما لأنا نقول: رضي بالتبعيض في ملكهما لا في ملك نفسه فلا يدل على الرضا به في ملكه، ألا ترى أن المشتري لو زوّج الأمة المشتراة ثم وجد بها عيباً ليس له أن يردها على البائع لحدوث العيب عنده وهو التزويج، وإن حصل بتسليطه ورضاه لما قلنا، فإن قيل: هذا العيب حدث عند البائع قبل القبض والعيب الحادث قبل القبض لا يمنع الردّ، قلنا: هذا عيب حدث بفعل المشتري وهو يمنع الردّ وإن حدث في يد البائع.

قال: (ولو اشترى عبداً على أنه خباز **أو كاتب** وكان بخلافه **أخذ بكل الثمن أو تركه**) لأن هذا وصف مرغوب فيه فيستحق بالشرط في العقد ثم فواته يوجب التخيير، لأنه لم يرض به دونه **بخلاف ما لو باع شاة** على أنها حامل أو تحلب كذا أو كذا أرطالاً حيث يفسد البيع لأنه ليس من قبيل الوصف، وإنما هو من قبيل الشرط الفاسد إذ لا يعرف ذلك حقيقة لأنه يحتمل أنه لبن أو حمل أو انتفاخ **حتى لو شرط**

إبطال حق الآخر في الفسخ فليس له ذلك، وهذا لأن المقصود الكلي من إثبات الخيار أن يكون لمن له الخيار ولاية الردّ لا الإجازة لأن الخيار لو كان للإجازة ما كان يحتاج إلى الخيار لأن العقد كان يتم بالسبب السابق بلا خيار، فإذا كان الردّ هو المقصود وقد شرط لهم جميعاً يؤمر صاحب الردّ لئلا يلزم إبطال حق الردّ اهـ **قوله في المتن: (أو كاتب)** أي حرفته ذلك اهـ فتح. **قوله في المتن: (أخذه بالثمن أو تركه)** قال الشيخ أبو نصر: والأصل في هذا أن من شرط صفة فوجد المبيع بخلافها، وتلك الصفة مما يتفاوت فيها الأغراض تفاوتاً كثيراً فإن المشتري بالخيار مثل أن يشتري حماراً على أنه أتان، فإذا هو ذكر أو شاة على أنها نعجة، فإذا هي فحل ومسائل الكتاب من هذا الجنس ووجه ذلك أنه وجد المبيع على خلاف الصفة التي شرطها وله في الصفة غرض فإذا فاته ثبت له الخيار كما لو وجد بالمبيع عيباً، وأما إذا كانت الصفة تتفاوت فيها الأغراض تفاوتاً كثيراً قالعقد فاسد، وذلك مثل أن يبيعه داراً على أن بناءها آجر فإذا هو لبن أو باعه شخصاً على أنه جارية، فإذا هو عبد فالبيع

أنها حلوب أو لبون لا يفسد، لأنه وصف ولو قال: يخبز كذا صاعاً أو يكتب كذا قدراً يفسد لما ذكرنا، وشرطه أن يقدر على الكتابة والخبز قدر ما ينطلق عليه اسم الكاتب والخباز وإن كان لا يحسن ذلك قدر ما ينطلق عليه الاسم **فله الخيار إن شاء أخذه وإن شاء ردّه** لما قلنا، وإن قال البائع: عند الردّ كان يحسن ذلك **لكنه** [**نسي**][1] **عندك**

فاسد لأنه اختلاف كثير فهو بمنزلة الاختلاف في الجنس، وأما إذا شرط صفة فوجدها زائدة فهي للمشتري مثل أن يشتري ثوباً على أنه عشرة أذرع فوجده أحد عشر ذراعاً، وكذلك لو اشترى جارية على أنها ثيب فإذا هي بكر فتكون الصفة الزائدة للمشتري، ولا خيار كمن اشترى عبداً على أنه معيب فوجده صحيحاً اهـ وكتب ما نصه قال الكمال: وإن لم يجده كما شرط وامتنع الردّ بسبب من الأسباب ورجع المشتري على البائع بحصته من الثمن بأن يقوم العبد كاتباً وغير كاتب فيرجع بالتفاوت اهـ وكتب أيضاً ما نصه وإنما لم يفسد العقد بهذا الشرط لأنه من مقتضيات العقد، ألا ترى أن الوصف الذي شرطه لو كان موجوداً في المبيع لدخل في العقد من غير ذكر وما هذا سبيله كان من مقتضيات العقد كما إذا اشترى على أن يتملك المبيع أو على أن يسلمه البائع إلى المشتري اهـ إتقاني.

قوله: (بخلاف ما لو باع شاة) قال الإتقاني رحمه الله تعالى: بخلاف ما لو اشترى ناقة على أنها حامل حيث يكون البيع فاسداً على رواية كتاب البيوع، لأن الحمل لا يعرف حقيقة لأن انتفاخ البطن وتحرك ما فيه قد يكون لداء فكان غرراً فأوجب فساد البيع وما نحن فيه يمكن الوقوف عليه للحال فلم يكن غرراً، ولأن ما نحن فيه صفة محضة لا يتصور انقلابها أصلاً وهنالك المقصود الولد بعد الولادة وهو مجهول واشتراط مال مجهول مع المبيع مفسد للبيع وروى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة أن ذلك البيع أيضاً جائز فلا حاجة إلى الفرق لاستوائهما في الجواب كذا قال الشيخ أبو المعين النسفي في شرح الجامع الكبير ثم قال: ولا رواية عن أصحابنا أن اشتراط الحبل في الجواري هل يوجب فساد العقد أم لا اختلف مشايخنا فيه منهم من قال: يوجب قياساً على الناقة للمعنيين المذكورين ثمة ومنهم من قال: لا يوجب لأن الحبل في الجواري عيب فكان ذكره للبراءة عن هذا العيب بخلاف الحبل في البهائم فإنه زيادة وهي مجهولة وفي وجودها غرر فلا يجوز، ومنهم من فصل وقال: إن اشتراها ليتخذها ظئراً فشرط أنها حامل فالبيع فاسد لأنه يطلب زيادة وهي مجهولة وفي وجودها خطر فصارت كالناقة، وإن كان لا يريد اتخاذها ظئراً كان جائزاً لما مر أنه اشترط البراءة عن هذا العيب اهـ **قوله: (حتى لو شرط أنها حلوب أو لبون لا يفسد)** أي كما إذا شرط في الفرس أنها هملاج، وفي الكلب أنه صائد حيث يصح ومنه شرط كونه ذكراً أو أنثى وشرط كون الثمن مكفولاً به اهـ فتح. **قوله: (فله الخيار إن شاء أخذه وإن شاء**

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من المطبوع.

[١٢٩ ب/٢] فالقول قول المشتري، لأن الأصل/ عدم الخبز والكتابة **فكان الظاهر شاهداً له** ولو ابتاعه من غير أن يشترط الكتابة والخبز وكان يحسن ذلك فنسيه في يد البائع قبل التسليم ردّه عليه، لأنه استحق تسليمه على الصفة التي ورد عليها العقد، فإذا نسيه فقد تغير المبيع قبل القبض فيردّه، وعلى هذا لو اشترى جارية على أنها طباخة أو نحوه في جميع ما ذكرنا من الأحكام ثم في كل موضع يثبت له الخيار فيه إذا اختار الأخذ أخذه بجميع الثمن، لأن الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن **لكونها تابعة** في العقد إذ الجنس متحد، ولهذا لا يفسد به العقد ولو اختلف يفسد على ما يجيء بيانه في البيع الفاسد.

باب خيار الرؤية

قال: (**شراء ما لم يره جائز** وله أن يردّه إذا رآه وإن رضي قبله) وقال الشافعي: لا

ردّه) أي ولو مات هذا المشتري انتقل الخيار إلى ورثته إجماعاً لأنه في ضمن تملك العين اهـ فتح. **قوله**: **(لكنه نسي عنده)** أي والمدة تحتمل أنه ينسى في مثلها اهـ فتح. **قوله**: **(فكان الظاهر شاهداً له)** والأصل في هذا أن القول لمن يمسك بالأصل، وإن العدم في الصفات العارضة أصل والوجود في الصفات الأصلية أصل اهـ فتح. **قوله**: **(لكنها تابعة)** أي تدخل في العقد من غير ذكر وفي جعل الوصف مقابلاً بشيء من الثمن يلزم جعله أصلاً فلا يجوز اهـ.

باب خيار الرؤية

لما شرع يذكر أنواع الخيار قدم ما كان تأثيره أكثر في العقد على غيره على التوالي، وذلك لأن الموانع خمسة مانع يمنع انعقاد العلة كالبيع المضاف إلى حر ومانع يمنع تمام العلة كالبيع المضاف إلى مال غير مملوك حتى لا يتم الانعقاد في حق المالك ومانع يمنع ابتداء الحكم كخيار الشرط ومانع يمنع لزوم الحكم كخيار العيب ومانع يمنع تمام الحكم كخيار الرؤية حتى لا تتم الصفقة بالقبض اهـ إتقاني. قدم هذا الباب على خيار العيب لأنه يمنع تمام الحكم وذاك يمنع لزوم الحكم واللزوم بعد التمام والإضافة من قبيل إضافة الشيء إلى شرطه، لأن الرؤية شرط ثبوت الخيار وعدم الرؤية هو السبب لثبوت الخيار عند الرؤية، واعلم أن خيار الرؤية يثبت في أربعة مواضع ليس غير شراء الأعيان والإجارة والصلح عن دعوى مال على عين، والقسمة وعرف من هذا أنه لا يكون في الديون فلا يكون في المسلم فيه ولا في الأثمان الخالصة بخلاف ما لو كان المبيع إناء من أحد النقدين فإن فيه الخيار، ولو تبايعا مقايضة ثبت الخيار لكل منهما ومحله كل ما كان في عقد ينفسخ بالفسخ لا ما لا ينفسخ كالمهر وبدل الصلح عن القصاص وبدل الخلع وإن كانت أعياناً،

يجوز البيع لأن المبيع مجهول إذ لم يعرف منه إلا الاسم فصار كما لم يشر إليه ولا إلى مكانه أو هو معدوم لما ذكرنا، ونهى رسول الله ﷺ عن بيع ما ليس عند الإنسان أي ما ليس بحاضر عند المتبايعين مرئي للمشتري، **ولنا قوله عليه السلام: «من اشترى ما لم يره** فله الخيار إذ رآه»[1] ولأن الجهالة فيه لا تفضي إلى المنازعة لأنه إذ لم يوافقه ردّه **فصار كجهالة الوصف في المشاهد** المعاين، والمراد بالنهي عن بيع ما ليس عند

لأنه لا يفيد فيها لأن الرد لما لم يوجب الانفساخ بقي العقد قائماً، وقيامه يوجب المطالبة بالعين لا بما يقابلها من القيمة، فلو كان له أن يرده كان له أن يرده أبداً وليس للبائع أن يطالب المشتري بالثمن ما لم يسقط خيار الرؤية منه، ولا يتوقف الفسخ على قضاء ولا رضا بل بمجرد قوله: رددت ينفسخ قبل القبض وبعده لكن يشترط علم البائع عند أبي حنيفة ومحمد خلافاً لأبي يوسف كما هو خلافهم في الفسخ في خيار الشرط اهـ فتح. **قوله في المتن: (شراء ما لم يره جائز)** أي وله الخيار إذا رآه إن شاء أخذه بجميع الثمن، وإن شاء رده سواء رآه على الصفة التي وصفت له أو على خلافها مثل أن يشتري جراباً فيه أثواب هروية أو زيتاً في زق أو حنطة في غرارة من غير أن ير شيئاً، ومنه أن يقول: بعتك درة في كمي صفتها كذا أو ثوباً في كمي صفته كذا أو هذه الجارية وهي حاضرة متنقبة وله الخيار إذا رأى شيئاً من ذلك، وفي المبسوط الإشارة إليه أو إلى مكانه شرط الجواز حتى لو لم يشر إليه ولا إلى مكانه لا يجوز بالإجماع اهـ لكن إطلاق الكتاب يقتضي جواز البيع سواء سمى جنس المبيع أو لا وسواء أشار إلى مكانه أو إليه وهو حاضر مستور أو لا، مثل أن يقول: بعت منك ما في كمي بل عامة المشايخ إطلاق الجواب يدل على الجواز عنده، وطائفة قالوا: لا يجوز لجهالة المبيع من كل وجه، والظاهر أن المراد بالإطلاق ما ذكره شمس الأئمة وغيره كصاحب الأسرار والذخيرة لبعد القول بجواز بيع ما لم يعلم جنسه أصلاً كأن يقول: بعتك شيئاً بعشرة اهـ كمال. **قوله: (ولنا قوله عليه الصلاة والسلام: «من اشترى ما لم يره» إلخ)** ولا بد من كون المراد في الحديث بالرؤية العلم بالمقصود فهو من عموم المجاز عبر بالرؤية عن العلم بالمقصود فصارت حقيقة الرؤية من أفراد المعنى المجازي وهذا لوجود مسائل اتفاقية لا يكتفى بالرؤية فيها مثل ما إذا كان المبيع مما لا يعرف إلا بالشم كمسك اشتراه وهو يراه، فإنه إنما يثبت الخيار له عند شمه فله الفسخ عند شمه بعد رؤيته، وكذ لو رأى شيئاً ثم اشتراه فوجده متغيراً لأن تلك الرؤية غير معرّفة للمقصود الآن، وكذا شراء الأعمى يثبت له الخيار عند الوصف له فأقيم فيه الوصف مقام الرؤية اهـ فتح. **قوله: (فصار كجهالة الوصف في المشاهد)** يعني فيما لو اشترى ثوباً مشاراً إليه لا يعلم عدد ذرعانه يريد تشبيهه بذلك في مجرد ثبوت الجواز لا بقيد ثبوت الخيار، لأنه لا خيار في

---

(١) ذكره ابن حجر في التلخيص الحبير (٣/٦).

الإنسان ما ليس في ملكه بدليل قصة الحديث فإن «حكيم بن حزام قال: يا رسول الله إن الرجل يطلب مني سلعة ليست عندي فأبيعها منه ثم أدخل السوق فأستجيدها فأشتريها فأسلمها إليه فقال عليه السلام: لا تبع ما ليس عندك»(١) وأجمعنا على أنه لو باع عيناً حاضرة غير مملوكة له لا يجوز وإن ملكها فيما بعد ولو كان كما زعم لجاز، ولو باع عيناً غائبة وكان المشتري رآها قبل ذلك جاز فبطل زعمه طرداً وعكساً، وقوله: وإن رضي قبله يتصل بما قبله أي له الخيار إذا رآه وإن كان رضي قبل أن يراه، **لأن الخيار معلق بالرؤية على ما روينا**، فلا يثبت قبله ولأن الرضا بالشيء قبل العلم بأوصافه لا يتحقق فلا يعتبر قوله رضيت قبل الرؤية، بخلاف فسخه حيث يعتبر قبل الرؤية لكونه عقداً غير لازم فينفسخ بذلك لا بموجب الخيار.

قال: (**ولا خيار لمن باع ما لم يره**) وكان أبو حنيفة رحمه الله أوّلاً يقول: له الخيار لأن البيع يتم برضا المتعاقدين، فإذا انتفى رضا أحدهما لعدم الرؤية فكذا رضا الآخر إذ لا يثبت به الملك ولا يزول به إلا بالرضا وهو بالعلم بأوصاف المبيع وذلك بالرؤية، ولأنه خيار يثبت لأحد المتعاقدين فوجب أن يثبت للآخر **اعتباراً بخيار الشرط وخيار العيب** ثم رجع عنه، وقال الشافعي رحمه الله: لا يجوز بيع ما لم يره أصلاً قولاً واحداً، **ولنا للمرجوع إليه** أن عثمان بن عفان رضي الله عنه **باع** أرضاً بالبصرة من طلحة بن عبيد الله فقيل لطلحة: إنك قد غبنت فقال: لي الخيار لأني اشتريت ما لم أره وقيل لعثمان: إنك قد غبنت فقال: لي الخيار لأني بعت ما لم أره فحكما بينهما جبير بن مطعم فقضى بالخيار لطلحة وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم من غير نكير فكان إجماعاً، ولأن خيار الرؤية معلق برؤية المشتري فيما روينا

المشبه به أعني الثوب وهو بناء على لزوم ذكر الجنس في هذا البيع فيبقى الغائب مجرد علم الوصف اهـ فتح. وكتب على قوله في المشاهد ما نصه: أي المشار إليه اهـ هداية. **قوله**: (**لأن الخيار معلق بالرؤية على ماروينا**) أي والمعلق بالشرط عدم قبل وجوده، والإسقاط لا يتحقق قبل الثبوت اهـ فتح. **قوله في المتن**: (**ولا خيار لمن باع ما لم يره**) أي بأن ورث عيناً من الأعيان في بلدة أخرى فباعها قبل أن يرها اهـ فتح. **قوله**: (**اعتباراً بخيار الشرط وخيار العيب**) أي فإنه يثبت للبائع حتى جاز أن يرد الثمن بالزيافة اهـ فتح. قوله: حتى جاز أن يرد الثمن بالزيافة أي كما أن للبائع أن يرد المبيع بالعيب إلا أن البيع لا ينفسخ برد الثمن لعدم الأصالة في العقد وينفسخ برد المبيع للأصالة ولا يقال: خيار الرؤية ثبت بالحديث معلقاً بالشراء فلا يثبت البيع لأنا نقول: الحكم في الأصل معقول المعنى والمعنى هو الجهالة بصفات المعقود فيثبت في الفرع مثل حكم الأصل اهـ غاية. **قوله**: (**ولنا للمرجوع إليه**) أي

---

(١) تقدم تخريجه.

فلا يثبت دونه، ولأن خيار الرؤية إنما يثبت للمشتري باعتبار أنه يظنه خيراً مما رأى فيرده لفوات الوصف المرغوب فيه، ولو ردّه البائع لرده باعتبار أنه أزيد مما ظنه، والخيار لا يثبت بمثله كما لو باع عبداً على أنه معيب فإذا هو سليم لا يثبت للبائع فيه الخيار.

قال: (ويبطل بما يبطل به خيار الشرط) أي/ يبطل خيار الرؤية بما يبطل به [١٣٠/أ ٢/١] خيار الشرط من التصريح والدلالة ومراده بعد الرؤية، **وأما قبلها** فلا يسقط وإن صرح به إلا في ضمن بعض التصرفات لتعذر الفسخ على ما نبين، وقال بعضهم: إذا رآه وتمكن من الفسخ ولم يفسخ سقط خياره ولزم البيع وإن لم يوجد منه الإجازة صريحاً ولا دلالة، لأن سبب ثبوت هذا الخيار جهالة أوصاف المبيع بدليل أنه لو رآه قبل العقد لا يكون له الخيار، والجهالة تزوال بالرؤية والخيار يسقط بزوال سببه كخيار العيب يسقط بزوال العيب، وكان ينبغي أن لا يملك فسخه بعد الرؤية متصلاً بها لزوال سببه إلا أنه ملك الفسخ لدفع الضرر عن نفسه للضرورة وهذه الضرورة تزول بقدر ما يتمكن من الفسخ، والصحيح أنه مطلق غير مقيد بالزمان فيكون له الفسخ في جميع عمره ما لم يسقط بالقول أو بفعل يدل على الرضا به نص عليه ابن رستم، وكذا ذكره محمد في الأصل لأن النص ورد بإثبات الخيار مطلقاً والعبرة في المنصوص عليه لعين النص لا للمعنى مع أن جهالة الوصف ليست بعلة لثبوت هذا الخيار مطلقاً بدليل أنه لم يثبت له الخيار قبل الرؤية **لتعلقه بالرؤية**، فكذا لا يتوقف لإطلاقه عن الوقت والتقييد به يكون زيادة وهو فسخ فيمتدّ إلى أن يوجد منه ما يسقطه وهو التصريح به، أو التعييب أو تصرف **لا يمكن رفعه كالإعتاق** والتدبير **أو يوجب** حقاً للغير **كالبيع المطلق** والرهن **والإجارة** لوجود الرضا منه صريحاً أو دلالة، وكذا لو كانت هذه التصرفات قبل الرؤية يسقط بها الخيار **لتعذر الفسخ**، وإن كان

للقول الذي رجع إليه أبو حنيفة اهـ **قوله: (باع)** الظاهر اشترى اهـ غاية. **قوله: (وأما قبلها)** الذي بخط الشارح وأما قبله اهـ **قوله: (لتعلقه بالرؤية)** قال الإتقاني رحمه الله: ونقل في خلاصة الفتاوى عن شرح الطحاوي أن الرد بخيار الرؤية فسخ قبل القبض وبعده، ولا حاجة إلى قضاء القاضي ولا إلى رضا البائع ولكنه يشترط حضرة البائع خلافاً لأبي يوسف اهـ **قوله: (لا يمكن دفعه كالإعتاق)** أي العبد الذي اشتراه ولم يره اهـ فتح. **قوله: (أو يوجب كالبيع المطلق)** أي ولو بشرط الخيار للمشتري لخلوص الحق فيه للمشتري وقوله: كالبيع المطلق إنما يريد به المطلق عن شرط الخيار للبائع لأنه به لا يخرج المبيع عن ملكه اهـ فتح. **قوله: (والإجارة)** أي والهبة مع التسليم اهـ فتح. **قوله: (لتعذر الفسخ)** أي لأن هذه الحقوق تمنع الفسخ وتلزم البيع فلما لزم تعذر الفسخ وبطل الخيار، اهـ وكتب ما نصه: وإن تعذر الفسخ

تصرفاً لا يوجب حقاً للغير كالبيع بشرط الخيار **والمساومة** والهبة من غير تسليم **لا يبطله قبل الرؤية**، لأنه لا يفوت صريح الرضا **ويبطله بعد الرؤية** لوجود دلالة الرضا بعد العلم، وكذا إذا قبضه بعد الرؤية بطل خياره لأنه يدل على الرضا ولأنه مؤكد بحكم العقد فشابه البيع، ولو كان البيع بشرط الخيار للمشتري فهو كالمطلق حتى يسقط به الخيار قبل الرؤية لأنه بات مطلق من جانبه، ولو اشترى أرضاً فأذن الآكر أن يزرعها قبل الرؤية فزرعها بطل لأن فعله بأمره كفعله.

قال: (**وكفت رؤية وجه الصبرة والرقيق** والدابة وكفلها وظاهر الثوب مطوياً

شرعاً بطل الخيار ووجب تقدير قيد في الحديث فيكون قوله ﷺ: «له الخيار إذا رآه»[1] مقيداً بما إذا لم يوجب موجب شرعي عدمه إذا رآه وحاصله تقدير مخصص بالعقل اهـ كمال. **قوله**: (**والمساومة**) يقال: سام البائع السلعة عرضها وذكر ثمنها اهـ **قوله**: (**لا يبطله قبل الرؤية**) أي لأن خياره لا يبطل بصريح الرضا قبل الرؤية بأن قال: قبل أن يرى أبطلت خياري فلأن لا يبطل بدلالة الرضا أولى اهـ غاية. **قوله**: (**ويبطله بعد الرؤية**) أي لأن الرضا بعد الرؤية يسقط الخيار صريحاً كان الرضا أو دلالة اهـ غاية. **قوله في المتن**: (**وكفت رؤية وجه الصبرة والرقيق إلخ**) قال الكمال: والأصل في هذا أن رؤية أجزاء المبيع غير مشروط في انتفاء ثبوت خيار الرؤية لتعذره عادة وشرعاً وإلا لجاز أن ينظر إلى عورة العبد والأمة التي يريد أن يشتريهما، ولزم في بيع الصبرة النظر إلى كل حبة حبة منها ولا قائل بذلك فيكتفي برؤية ما هو المقصود، فإذا رآه جعل غير المرئي تبعاً للمرئيّ، فإذا سقط الخيار في الأصل سقط في التبع إذا عرف أن يبنى عليه أن من نظر إلى وجه الجارية والعبد ثم اشترى الباقي فلا خيار له، فليس له أن يرده بخيار الرؤية بخلاف ما لو رأى بطنهما وظهرهما وسائر أعضائهما إلا الوجه فإن له الخيار إذا رأى وجههما، لأن سائر الأعضاء في العبيد والإماء تبع للوجه، ولذا تتفاوت القيمة إذا فرض تفاوت الوجه مع تساوي سائر الأعضاء، وفي الدواب يعتبر رؤية الوجه والكفل لأنهما المقصودان فيسقط برؤيتهما ولا يسقط برؤية غيرهما منها اهـ قال الإتقاني: إذا ثبت هذا نقول: لا يخلو أما إن كان المعقود عليه شيئاً واحداً أو أشياء، فإن كان شيئاً واحداً فلا يخلو إما أن لا تتفاوت آحاده كالمكيل والموزون والعددي المتقارب، فإذا رأى البعض ورضي به يكون ذلك رضا بالبعض الذي لم يره إذا كان مثل ما رأى، فعلى هذا يكون النظر إلى وجه الصبرة مسقطاً للخيار إذا كان الباقي مثل ذلك لأن رؤية البعض تعرف حال الباقي لأن الحنطة والشعير تعرف بالنموذج، ولكن هذا فيما إذا كان المكيل في وعاء واحد، أما إذا كان في وعاءين اختلف المشايخ قال مشايخ العراق: رؤية أحدهما كرؤية الكل، وقال مشايخ بلخ: لا تكون رؤية أحدهما كرؤية الكل لأنهما

---

(١) تقدم تخريجه.

وداخل الدار) لأن رؤية ما يستدل به على المقصود يكفي لتعسر رؤية الجميع ورؤية هذه المواضع من هذه الأشياء يقع بها العلم بالمقصود فلا معنى لاشتراط رؤية غيرها، ولو دخل في المبيع أشياء فإن كان لا تتفاوت آحاده كالمكيل والموزون، **وعلامته** أن يعرض بالنموذج يكتفي برؤية بعضه لجريان العادة بالاكتفاء بالبعض في الجنس الواحد ولوقوع العلم به بالباقي، **إلا إذا كان الباقي أردأ** فيكون له الخيار فيه، وفيما رأى كيلا يلزم تفريق الصفقة قبل التمام **لأنها مع الخيار لا تتم**، وإن كان آحاده تتفاوت وهو الذي لا يباع بالنموذج كالثياب والدواب والعبيد فلا بدّ من رؤية كل واحد من أفراده، لأنه برؤية بعضها لا يقع العلم بالباقي للتفاوت والجوز والبيض من هذا القسم فيما ذكره الكرخي لتفاوت آحاده فلا يستدل برؤية بعضه على غيره من جنسه، وقال صاحب الهداية: ينبغي أن يكون مثل الحنطة والشعير **لكونها متقاربة**، فإذا ثبت هذا فنقول: النظر إلى وجه الصبرة كاف لأنه يعرف به وصف الباقي لما ذكرنا، **وكذا النظر إلى ظاهر الثوب مطوياً مما يعلم به البقية إلا إذا كان في طيه ما يكون مقصوداً كموضع العلم**

شيئان متى كانا في وعاءين والأصح هو الأول، وهو المروي عن أبي يوسف كذا في التحفة لأن تعريف الباقي فيما إذا كان الكل في وعاء واحد باعتبار المماثلة لا باعتبار اتحاد الوعاء، وإن كان يتفاوت آحاده كالعدديات المتفاوتة نحو الثياب في صندوق والبطاطيخ في شريجة ونحو الرمانات والسفرجلات في قفة فإن رؤية البعض لا تعتبر رؤية في الباقي ويكون على خياره ما لم ير الكل، لأن رؤية البعض لا تعرف الباقي للتفاوت، أما إذا كان المعقود شيئاً واحداً كالعبد والجارية فرأى الوجه دون سائر الأعضاء يسقط خياره اهـ **قوله: (وعلامته)** أي علامة الشيء الذي لا تتفاوت آحاده أن يعرض علي البيع بالنموذج كما هو العادة بين الناس حيث يحمل السمسار شيئاً قليلاً من المكيل أو الموزون إلى المشتري حتى يراه فإن أعجبه اشتراه، والنموذج بفتح النون بمعنى الأنموذج بضم الهمزة مغرب اهـ إتقاني. **قوله: (إلا إذا كان الباقي أردأ)** أي مما رأى فحينئذ يكون له الخيار يعني خيار العيب لا خيار الرؤية ذكره في الينابيع، وفي الكافي إذا كان أردأ له الخيار لأنه إنما رضي بالصفة التي رآها لا بغيرها، وهذا التعليل يفيد أنه خيار الرؤية وهو مقتضى سوق كلام المصنف والتحقيق أنه في بعض الصور خيار عيب، وهو ما إذا كان اختلاف الباقي يوصله إلى حد العيب وخيار رؤية إذا كان الاختلاف لا يوصله إلى اسم المعيب بل الدون، وقد يجتمعان فيما إذا اشترى ما لم يره فلم يقبضه حتى ذكر له البائع به عيباً ثم أراه المبيع في الحال اهـ كمال رحمه اللّه. **قوله: (لأنها مع الخيار لا تتم)** أي خيار الرؤية، ولهذا تمكن من الفسخ دون قضاء ولا رضاء اهـ شرح منار. **قوله: (لكونها متقاربة)** أي وبه صرح في المحيط وفي المجرد هو الأصح اهـ فتح. **قوله: (وكذا النظر إلى ظاهر الثوب مطوياً مما يعلم به البقية)** أي فلو شرط فتحه لتضرر البائع بتكسر ثوبه ونقصان بهجته وبذلك ينقص ثمنه عليه اللهم إلا

[١٣٠ب/٢] لأن قيمته تختلف باختلافه، وقال زفر: لا يكتفى / برؤية ظاهر الثوب ولا بد من نشر كله لأنه ليس من ذوات الأمثال فلا يعرف كله برؤية بعضه قلنا: قلما تتفاوت جوانب ثوب واحد فيمكن الاستدلال بالبعض على البعض منه والوجه هو المقصود من الآدمي، ولهذا تتفاوت قيم الرقيق بتفاوته وسائر الجسد تبع له والكفل من الدواب **فلا بد من رؤيتهما، وشرط بعضهم** من ذلك رؤية القوائم وعند محمد رحمه الله رؤية الوجه كافية كالآدمي، وفي شاة اللحم **لا بد من الجس** لأنه به يظهر السمن والهزال **ويعرف به كثرة اللحم وقلته، وفي شاة القنية** لا بد من معرفة ضرعها وفيما يطعم لا بد من الذوق وفيما يشم لا بد من الشم، وفي دفوف الغازي لا بد من سماع صوتها، لأن العلم بالشيء بقع باستعمال آلة إدراكه فلا يسقط خياره حتى يدركه، **وجعل في المختصر رؤية خارج الدار** كرؤيتها كلها لأنه يستدل به على الباقي، وفي عامة الروايات إذا رأى صحن الدار **سقط خياره** لما ذكرنا في خارجها، وقال زفر: لا بد من رؤية داخل البيوت وهو الأصح لأن بيوتها الشتوية والصيفية والعلوية والسفلية ومرافقها ومطابخها وسطوحها تختلف **فلا بد من رؤية ذلك كله في الأظهر**، لأن كلاً منها مقصود فالنظر إلى

أن يكون له وجهان فلا بد من رؤية كلا الوجهين اهـ فتح. **قوله: (إلا إذا كان في طيه ما يكون مقصوداً كموضع العلم)** ثم قيل: هذا في عرفهم، أما في عرفنا فما لم ير باطن الثوب لا يسقط خياره لأنه استقر اختلاف الباطن والظاهر في الثياب هو قول زفر اهـ فتح. **قوله: (فلا بد من رؤيتهما)** استفيد من قوله في المتن: والدابة وكفلها أي وكفت رؤية وجه الدابة وكفلها اهـ وكتب على قوله: فلا بد من رؤيتهما ما نصه: فلو رأى أحد الأمرين فله خيار الرؤية اهـ إتقاني. **قوله: (وشرط بعضهم)** قال الأقطع: وقد قالوا: إن قال أهل الصنعة والمعرفة بالدواب: أنه يحتاج إلى النظر إلى القوائم كان شرطاً في سقوط الخيار أيضاً اهـ إتقاني. **قوله: (لا بد من الجس)** أي اللمس باليد اهـ **قوله: (ويعرف به كثرة اللحم وقلته)** أي فإن رأى ذلك من بعيد ولم يجسه فله الخيار، وذلك لأن السمن لا يظهر من الصوف فلا بد من الجس اهـ إتقاني. **قوله: (وفي شاة القنية)** أي الشاة التي تؤخذ للدر والنسل لا للتجارة اهـ إتقاني. **قوله: (وجعل في المختصر رؤية داخل الدار)** نسخة خارج وهو الثابت في خط الشارح وهو مخالف لما قدمه أول هذه المقالة من عبارة المتن، وكتب على قوله خارج ما نصه: هكذا هو في كثير من نسخ هذا الشرح ويؤيده قوله في السطر الثاني لما ذكرنا في خارجها، لكنه مخالف لما ذكره في المتن من قوله: وداخل الدار، وكذا هو في عامة نسخ المتن وكتب أيضاً ما نصه قال في التحفة: قال مشايخنا: تأويل ما ذكر في كتاب القسمة أنه إذا رأى الدار من خارج يبطل خياره إذا لم يكن داخل الدار أبنية، فأما إذا كان فيها أبنية لا يسقط الخيار ما لم ير داخلها لأن الداخل هو المقصود اهـ **قوله: (يسقط خياره)** أي وإن

الخارج أو إلى الصحن لا يوقع العلم بهذه الأشياء، وما ذكره في الكتاب مبني على عادة أهل الكوفة في ذلك الزمان فإن دورهم كانت على تقطيع واحد ولم تختلف إلا في الصغر والكبر، وفي كونها جديدة أو عتيقة **وذلك يظهر برؤية بعضها** فاكتفوا به لذلك، وأما اليوم بخلافه فلا يكتفى به **ورؤية أشجار البستان يكتفى بها** لوقوع العلم بها، **ولو رأى دهناً في قارورة من خارجها لا يبطل خياره في المروي عن أبي حنيفة ومحمد، وعن محمد أنه يبطل.**

لم يشاهد بيوتها اهـ **قوله: (فلا بد من رؤية ذلك كله في الأظهر)** أي والأشبه كما قال الشافعي: وهو المعتبر في ديار مصر والشام والعراق اهـ فتح. **قوله: (وذلك يظهر برؤية بعضها)** وعبارة الشيخ أكمل الدين في شرح الهداية، وهذا يصير معلوماً بالنظر إلى جدرانها من خارج الدار اهـ **قوله: (ورؤية أشجار البستان يكتفى بها)** قال الكمال رحمه الله: وأما ما ذكر في الأشجار من الاكتفاء برؤية رؤوس الأشجار ورؤية خارجه فقد أنكر بعض المشايخ هذه الرواية وقال: المقصود من البستان باطنه فلا يكتفى برؤية ظاهره، وفي جامع قاضيخان لا يكتفى برؤية الخارج ورؤوس الأشجار اهـ **قوله: (ولو رأى دهناً في قارورة من خارجها لا يبطل خياره)** أي لأن لون الدهن مما يتغير بلون القارورة اهـ إتقاني. وكتب على قوله: ولو رأى دهناً إلخ ما نصه قال في التحفة: لو نظر في المرآة فرأى المبيع قالوا: لا يسقط خياره لأنه ما رأى عينه وإنما رأى مثاله، وعلى هذا قالوا: من نظر في المرآة فرأى فرج أم امرأته عن شهوة لا تثبت حرمة المصاهرة ولو نظر إلى فرج امرأته المطلقة طلاقاً رجعياً عن شهوة في المرآة لا يصير مراجعاً لما قلنا ثم قال في التحفة: ولو اشترى سمكاً في الماء يمكن أخذه من غير اصطياد فرآه في الماء، قال بعضهم: يسقط خياره لأنه رأى عين المبيع، وقال بعضهم: لا يسقط وهو الصحيح لأن الشيء لا يرى في الماء كما هو بل يرى أكبر مما هو فهذه الرؤية لا تعرف حال حقيقته، وأما إذا كان المبيع مغيباً في الأرض كالجزر والبصل والثوم والفجل ونحو ذلك لم يذكر في ظاهر الرواية، قال صاحب التحفة: وروي عن أبي يوسف أنه قال: إذا كان شيئاً يكال أو يوزن بعد القلع كالثوم والبصل والجزر فإنه إذا قلع المشتري بإذن البائع أو قلع البائع برضا المشتري يسقط خياره في الباقي لأن رؤية البعض كرؤية الكل، وإن قلع المشتري بغير إذن البائع لم يكن له أن يردّ سواء رضي بالمقلوع أو لم يرض إذا كان المقلوع شيئاً له قيمة عند الناس، لأنه صار معيباً لأنه كان ينمو وبالقلع لا ينمو، وبحدوث العيب في يد المشتري بغير صنعه يمنع الردّ فمع صنعه أولى، وإن كان شيئاً يباع عدداً كالفجل والسلق ونحوهما فرؤية البعض لا تكون كرؤية الكل لأن هذا من العدديات المتفاوتة، وإذا لم يكن المقلوع شيئاً له قيمة عند الناس لا يسقط خياره لأنه لا يحصل به العيب ثم قال في التحفة: وذكر الكرخي مطلقاً من غير هذا التفصيل وقال: إذا اشترى شيئاً مغيباً في الأرض مثل الجزر والبصل والثوم وبصل الزعفران

قال: (**ونظر وكيله بالقبض كنظره** لا نظر رسوله) وهذا عند أبي حنيفة وقالا: لا يكون كنظره حتى لا يسقط خيار الموكل بقبضه لأنه يوكل بالقبض دون إسقاط الخيار فلا يملك ما لم يتوكل به **وصار كخيار العيب والشرط**، فإنه لا يقدر على إسقاطهما فكذا هذا وأقرب منه أنه لا يقدر على إسقاطه قصداً **بأن قبضه** مستوراً فأسقط الخيار بعده أو كان رآه من قبل، فإن خيار الموكل لا يسقط به فكذا ضمنا بالقبض لما ذكرنا، ولأبي حنيفة رحمه اللّه أنه وكله بالقبض وأقامه مقام نفسه فيه **والقبض على نوعين قبض تام وهو أن يقبضه وهو يراه** وناقص وهو أن يقبضه **مستوراً** لأنه إذا قبضه مستوراً فخياره باق على حاله حتى يراه ولا تتم الصفقة مع بقاء الخيار فكان ناقصاً، والموكل يملكه بنوعيه فكذا الوكيل لإطلاق التوكيل، وإذا قبضه مستوراً انتهت الوكالة بالقبض الناقص **فلا يملك إسقاطه** قصداً بعد ذلك لكونه أجنبياً بعد انتهاء الوكالة، وهذا لأنه يملك القبض والقبض يتضمن السقوط لكونه كاملاً ضرورة، فإذا انفصل السقوط عن القبض بأن كان بعده قصداً أو قبله بالرؤية لا يملكه إذا لم يوكله إلا بالقبض، **وهذا بخلاف خيار العيب لأنه لا يمنع** تمام الصفقة فلا يتنوع

وما أشبه ذلك فله الخيار إذا رأى جميعه، ولا يكون رؤية بعضه مبطلاً خياره، وإن رضي بذلك البعض فخياره باق إلى أن يرى جميعه فيرضى أو يرد، وقال في الإيضاح قال أبو يوسف: إذا اختلف البائع والمشتري في القلع فقال المشتري: أخاف إن قلعته لا يصلح ولا أقدر على الردّ، وقال البائع: أخاف إن قلعته لا ترضى به، قال: من تطوّع بالقلع جاز، وإن تشاحا على ذلك فسخ القاضي لأنه لا يمكن الإجبار لما فيه من الإضرار اهـ إتقاني. **قوله**: (**وفي المروي عن أبي حنيفة ومحمد**) أي حتى يصبه في كفه لأنه لم ير الدهن حقيقة لوجود الحائل اهـ فتح. **قوله**: (**وعن محمد أنه يبطل**) أي لأن الزجاج لا يخفي صورة الدهن وروى هشام أن قول محمد موافق لقول أبي حنيفة اهـ فتح. **قوله في المتن**: (**ونظر وكيله بالقبض كنظره**) أي إذا قبضه الوكيل ناظراً إليه مكشوفاً اهـ **قوله**: (**وصار كخيار العيب والشرط**) أي بأن اشترى معيباً لم ير عيبه ثم وكل بقبضه فقبضه الوكيل وهو يرى عيبه لا يسقط خيار العيب للموكل، وكذا إذا وكله في قبض ما اشتراه بشرط الخيار فقبضه الوكيل لا يسقط خيار الشرط اهـ فتح. **قوله**: (**بأن قبضه**) أي الوكيل اهـ **قوله**: (**مستوراً**) أي ثم رآه اهـ فتح. **قوله**: (**والقبض على نوعين قبض تام وهو أن يقبضه وهو يراه**) وإنما كان هذا قبضاً تاماً لأن خيار الرؤية يبطل بهذا القبض وبقي خيار الرؤية يمنع تمام العقد، فلما بطل بهذا القبض من المشتري كان هذا القبض تاماً اهـ كمال. **قوله**: (**فلا يملك إسقاطه إلخ**) ونقض بمسألتين لم يقم الوكيل مقام الموكل فيهما إحداهما أن الوكيل لو رأى قبل القبض لم يسقط برؤيته الخيار، والموكل لو رأى ولم يقبض يسقط خياره، والثانية لو قبضه الموكل مستوراً ثم رآه

القبض معه، وبخلاف خيار الشرط لأنه يسقط بقبض الموكل فلا يتصور فيه القبض التام، فكذا بقبض الوكيل وبخلاف الرسول لأنه يملك شيئاً وإنما إليه تبليغ الرسالة، ولهذا لا يملك القبض والتسليم إذا كان رسولاً في الشراء أو البيع والفرق بين التوكيل والإرسال أن يقول في التوكيل: كن وكيلي في القبض وفي الإرسال كن رسولي فيه أو أمرتك بقبضه، وبقوله: ونظر وكيله بالقبض احترز عن الوكيل بالشراء فإن نظره بالإجماع كنظر الموكل فقيده/ بالقبض لما فيه من الاختلاف ولم يقيد الرسول به، [١٣١/أ ٢] لأن نظره لا يكون كنظر المرسل مطلقاً سواء كان الرسول بالقبض أو بالشراء.

قال: (وصح عقد الأعمى **ويسقط** خياره إذا اشترى بجس المبيع وشمه وذوقه وفي العقار بوصفه) أما صحة عقده فلأنه مكلف محتاج **فصار كالبصير**، وأما سقوط خياره بما ذكره، فلأن هذه الأشياء تفيد العلم لمن استعملها على ما بينا في البصير، وقوله: يسقط خياره بجس المبيع إلخ محمول على ما إذا وجد الجس منه قبل الشراء، وأما إذا اشترى قبل أن يجس لا يسقط خياره به بل يثبت باتفاق الروايات لما روينا ويمتدّ إلى أن يوجد منه ما يدل على الرضا من قول أو فعل في الصحيح على ما بينا، واكتفى بالوصف في العقار لأنه لا سبيل له إلى معرفته إلا به، والوصف قد يقوم مقام الرؤية في حق البصير كما في السلم حتى لا يكون له خيار الرؤية فيه بعد ما وصف له، **فكذا في حقه**، وعن أبي يوسف أنه اشترط مع ذلك أن يوقف في مكان لو كان

بعد القبض فأبطل الخيار بطل، والوكيل لو فعل ذلك لم يبطل وأجيب بأن سقوط الخيار بقبض الوكيل إنما يثبت ضمناً لتمام قبضه بسبب ولايته بالوكالة، وليس هذا ثابتاً في مجرد رؤيته قبل القبض ونقول: بل الحكم المذكور للموكل وهو سقوط خياره إذا رآه إنما يتأتى على القول بأن مجرد مضي ما يتمكن به من الفسخ بعد الرؤية يسقط الخيار وليس هو الصحيح، وبعين الجواب الأوّل يقع الفرق في المسألة الثانية لأنه لم يثبت ضمناً للقبض الصحيح بل ثبت بعد انتهاء الوكالة بالقبض الناقص اهـ فتح. **قوله: (وهذا بخلاف خيار العيب لأنه لا يمنع)** أي بخلاف خيار الرؤية فإنه يمنع تمام الصفقة اهـ **قوله في المتن: (وسقط)** كذا بخط الشارح اهـ **قوله: (فصار كالبصير)** قال الإتقاني رحمه الله: والحاصل أن ما يمكن جسه وذوقه وشمه يكتفى بذلك لسقوط خياره في أشهر الروايات، ولا يشترط بيان الوصف له ويكون ذلك بمنزلة نظر البصير لأن ذلك أقصى ما يستدل به على معرفة الشيء، وفي رواية هشام عن محمد أنه يعتبر الوصف مع ذلك لأن التعريف الكامل في حقه يثبت بهذا، فأما فيما لا يمكن جسه كالثمر على رؤوس الشجر فيعتبر فيه الوصف لا غير في أشهر الروايات وهو المروي عن أبي يوسف ومحمد اهـ **قوله: (فكذا في حقه)** أي فإذا رضي الأعمى بالوصف كان بمنزلة النظر من البصير اهـ وعن أبي يوسف أنه اشترط مع ذلك أن

بصيراً لرآه منه لأن التشبه يقوم مقام الحقيقة عند العجز كتحريك الشفتين أقيم مقام القراءة في حق الأخرس في الصلاة، **وإجراء الموسى على رأس المحرم** بالحج أو العمرة عند التحلل، وقال الحسن: يوكل وكيلاً بقبضه له وهو يراه وهو أشبه بقول أبي حنيفة رضي اللّه عنه، لأن رؤية الوكيل به كرؤية الموكل عنده على ما بيّنا، وقال بعض مشايخ بلخ: يشترط مس الحيطان والأشجار مع الوصف وإن أبصر بعد الوصف وبعدما وجد منه ما يدل على الرضا فلا خيار له، لأن العقد قد تم به وانبرم فلا ينتقض بعد ذلك إلا برضاهما، ولأن خياره قد سقط به فلا يعود، **ولو اشترى البصير ثم عمي قبل الرؤية انتقل إلى الوصف** لوجود العجز قبل العلم به.

قال: (ومن رأى أحد الثوبين فاشتراهما ثم رأى الآخر له ردّهما) لأن رؤية أحدهما لا تغني عن رؤية الآخر للتفاوت فبقي خياره فيما لم يره فيجوز ردّهما لما روينا، **وليس له أن يردّه وحده** لنهيه عليه السلام «عن تفريق الصفقة»[1] فيردّهما

يوقف في مكان إلخ، في جامع العتابي هو أن يوقف في مكان لو كان بصيراً لرآه، ثم يذكر له صفته ولا يخفى أن إيقافه في ذلك المكان ليس بشرط في صحة الوصف وسقوط الخيار به، فلذا لم يذكره في المبسوط واكتفى بذكر الوصف، لأن الوصف قد أقيم مقام الرؤية كما في السلم، وممن أنكره الكرخي وقال: وقوفه في ذلك الموضع وغيره سواء في أنه لا يستفيد به علماً اهـ فتح. **قوله**: (**وإجراء الموسى على رأس المحرم**) أي الذي لا شعر عليه اهـ فتح. وكتب على قوله وإجراء الموسى إلخ ما نصه: ولا يخفى ضعفه، لأن العجز لا يتحقق إلا بتحقق العجز عن الوصف فإن القائم مقام الشيء بمنزلته وقد ثبت شرعاً اعتباره بمنزلته في السلم، ووجوب إجراء الموسى مختلف فيه وكذا التحريك غير لازم للأمي اهـ فتح. **قوله**: (**ولو اشترى البصير ثم عمي قبل الرؤية انتقل إلى الوصف**) أي كأنه أعمى عند العقد اهـ إتقاني. **قوله**: (**وليس له أن يردّه وحده**) أي كيلا يكون تفريقاً للصفقة على البائع قبل التمام، وهذا لأن الصفقة لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده كخيار الشرط بدليل أن له أن يفسخه بغير قضاء ولا رضاء ويكون فسخاً من الأصل لعدم تحقق الرضا قبله لعدم العلم بصفات المبيع، ولذا لا يحتاج إلى القضاء والرضا فإن قيل: ما الفرق بين هذا وبين ما إذا استحق أحدهما لا يردّ الباقي، وهنا وفي خيار الشرط يرد الآخر إذا رد بعد القبض، أجيب بأن ردّ أحدهما في خيار الرؤية والشرط يوجب تفريق الصفقة قبل التمام لما علم أن الصفقة لا تتم معهما، وفي الاستحقاق لو ردّ كان بعد التمام لأن الصفقة تتم فيما كان ملك البائع ظاهراً فلم يثبت في الباقي عيب الشركة، حتى لو كان المبيع عبداً واحداً فاستحق بعضه كان له أن يردّ الباقي أيضاً كما في خيار الرؤية والشرط، لأن الشركة في

---

(١) أخرجه أحمد في مسنده (٧٠٨٩) بنحوه.

جميعاً ضرورة، ولا يقال: خياره ثبت بالنص فيما لم يره، وفي منع الفسخ فيه وحده إبطال له فكان باطلاً لأنا نقول: نحن لا نمنع خيار الفسخ فيه و إنما نقول: إذا اختار الفسخ فسخ فيه وفي الآخر احترازاً عن التفريق فكان فيه عملاً بموجبه وفيه جمع بين الحديثين، لأن الذي لم يره يردّه بالحديث الأوّل، **والذي رآه بالثاني** لما أن الصفقة لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده، [وهذا يتمكن من الرد بغير قضاء ولا رضاء ولا

الأعيان المجتمعة عيب والمشتري لم يرض بهذا العيب في فصل الاستحقاق اهـ فتح. قال الإتقاني: ثم إذا أراد أن يردّ ما لم يره إذا رآه ليس له أن يردّه وحده بل يردهما جميعاً إن شاء لئلا يلزم تفريق الصفقة قبل التمام وكذلك الحكم في خيار الشرط لا يجوز له أن يفسخ البيع في أحدهما دون الآخر، وهذا لأن خيار الرؤية والشرط يمنعان تمام الصفقة سواء كان المبيع مقبوضاً أو غير مقبوض، ولهذا يردّ من له الخيار بلا قضاء ولا رضا بخلاف خيار العيب فإنه إذا اشترى ثوبين بثمن واحد فوجد بأحدهما عيباً بعد القبض له أن يردّ المعيب وحده لأن خيار العيب لا يمنع تمام الصفقة بل تتم الصفقة بالقبض فلا يلزم تفريق الصفقة قبل التمام برد أحدهما، فلو وجد بأحدهما عيباً قبل القبض ليس له أن يرده وحده لئلا يلزم تفريق الصفقة قبل التمام، لأنها لم تتم قبل القبض والمعنى في تفريق الصفقة لزوم الضرر علي البائع لأنه ربما لا يمكنه ترويج أحدهما بدون الآخر بجودة أحدهما ورداءة الآخر، وفي منع المشتري عن الردّ أيضاً ضرر إلا أن قبل القبض ضرر البيع أكثر لأنه يلحقه ضرر ماليّ، وضرر المشتري ليس بمالي بل هو بطلان مجرد قوله: متى ألزمناه ردّ كليهما، وبعد القبض ضرر المشتري أكثر لأنه برد الكل يبطل حقه عن اليد والرقبة، وضرر البيع موهوم فربما يمكنه بيع المعيب بثمن جيد فيدفع أعلى الضررين بأدناهما ثم بعد القبض إذا وجد بأحدهما عيباً لا يكون له ردّهما إلا برضا البائع لأن سبب الرد وجد بأحدهما دون الآخر، وفي المكيل والموزون من ضرب واحد إذا قبض فوجد به عيباً ليس له إلا أن يأخذه جميعاً أو يرده جميعاً، كذا ذكره محمد في الأصل وذلك لأن المالية ثابتة للمكيل والموزون باعتبار الجميع، فإنه لا قيمة للحبة وأمثالها فصار الكل كشيء واحد حكماً في حق الرد ولهذا جعل رؤية البعض رؤية الباقي كما في الثوب الواحد ففي مسألة الاستحقاق، قال في الشامل في قسم المبسوط: استحق أحد المختلفين بعد القبض لا خيار له في الآخر لأن استحقاق أحدهما لا يوجب نقصاناً في الآخر لا حقيقة ولا اعتباراً ولو كان واحداً فاستحق بعضه له الخيار لوجود النقصان، فإنه لا يمكن الانتفاع إلا بالتهايؤ وإن كان قبض أحدهما ولم يقبض الآخر ثم استحق أحدهما له الخيار لتفرق الصفقة قبل التمام، ولو استحق بعض المكيل بعد القبض لا يخير لأن الشركة ليس بعيب فيه، ولو استحق قبل القبض يخير لتفرق الصفقة قبل التمام كذا في الشامل اهـ **قوله: (والذي رآه بالثاني)** أي بالحديث الثاني

يكون فسخاً][(١)] لخلل في الرضا بالعقد وهو الصفقة كما لا تتم بالإيجاب وحده لعدم رضا الآخر بالصفقة، كذا لا تتم مع خيار العيب قبل القبض لأن العقد غير تام قبل القبض إذ لا يفيد ملك التصرف وليس له أن يفرق في القبض كما لا يفرق في القبول، وبعد القبض لا يمنع تمام الصفقة لأنهما قد رضيا بالعقد على تقدير السلامة وهي ثابتة ظاهراً فلزم وتم، **ولهذا أفاد العقد** فيه ملك الرقبة والتصرف، ولو كان في رضاهما خلل لما أفاد يحققه أن خيار العيب ثبت لفوات بعض أوصاف المبيع وفوات بعض المبيع نفسه لا يمنع تمام الصفقة بعد القبض، حتى يملك التصرف فيه فهذا أولى فالتفريق بعد ذلك لا يضر لأنه تفريق في الفسخ إذ لم يبق بعد تمامه إلا الفسخ، ولهذا لا يملك أحدهما الفسخ به بعد القبض بل ينفسخ بقضاء القاضي أو بالتراضي ولو كان يمنع التمام لملكه كما في خيار الشرط وخيار الرؤية، وصار نظير القبول في الانفراد به **كما صارا نظيريه فيه** أي نظيري القبول في الانفراد به فيه.

قال: (ولا يورث كخيار الشرط) أي لا يورث خيار الرؤية كما لا يورث خيار الشرط لأن الخيار ثبت بالنص للعاقد والوارث ليس بعاقد فلا / [١٣١ ب/٢] يثبت له، ولأن الخيار وصف له فلا يجري فيه الإرث على ما بيّنا.

قال: (ومن اشترى ما رأى خير إن تغير وإلا لا) أي **إن لم يتغير لا يخير** لأن العلم بالمبيع حصل بالرؤية الأولى، وقد رضي به ما دام على تلك الصفة **إلا إذا لم يعلم عند العقد أنه كان رآه من قبل** فحينئذ يثبت له الخيار لعدم رضاه، لأن الرضا بدون العلم بأوصافه لا يتصوّر وإنما يخير إذاً وجده متغيراً لأن تلك الرؤية لم تقع معلمة له بأوصاف المبيع فصار كأنه لم يره.

قال: (وإن اختلفا في التغير فالقول قول البائع مع يمينه) لأن الظاهر يشهد له

وهو نهيه عليه الصلاة والسلام عن تفريق الصفقة اهـ **قوله**: (**ولهذا أفاد العقد**) هذا لا يصلح دليلاً لأنه مع خيار الرؤية يملك التصرف مع أنه لم تتم الصفقة اهـ **قوله**: (**كما صارا نظيريه فيه**) أي نظيري القبول في الانفراد به اهـ من خط الشارح. **قوله**: (**إن لم يتغير لا يخير**) أي لأن خيار الرؤية في شراء ما لم يره إنما ثبت للجهل بصفات المعقود عليه فإذا كان المبيع على ما رآه من الصفة يحقق العلم بصفاته بالرؤية السابقة فانتفى الموجب للخيار بالرؤية المتقدمة، فلم يبق له الخيار اهـ إتقاني. **قوله**: (**إلا إذا لم يعلم عند العقد أنه كان رآه من قبل**) أي كان رأى جارية ثم اشترى جارية متنقبة لا يعلم أنها التي كان رآها ثم ظهرت إياها فإن له الخيار لعدم ما يوجب الحكم عليه بالرضا أو رأى ثوباً فلف في ثوب وبيع فاشتراه وهو لا

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من المطبوع.

إذ الأصل بقاء ما كان على ما كان، وكذا سبب اللزوم وقد ظهر فلا يصدق في دعواه التغير إلا ببينة **إلا إذا بعدت المدة،** لأن الظاهر شاهد له ألا ترى أن الجارية الشابة تكون عجوزاً بطول المدّة.

قال: (وللمشتري لو في الرؤية) أي لو اختلفا في الرؤية كان القول قول المشتري لأنها أمر حادث والمشتري ينكره **فيكون القول له مع يمينه.**

قال: (ولو اشترى عدلاً وباع منه ثوباً **أو وهب ردّه** بعيب لا بخيار رؤية أو شرط) لأن الردّ قد تعذر فيما أخرجه عن ملكه ولا يمكنه أن يرد الباقي بخيار الرؤية، والشرط سواء كان قبل القبض أو بعده لما فيه من تفريق الصفقة قبل التمام **لأنهما يمنعان تمام الصفقة** على ما ذكرنا، وفي خيار العيب يملك التفريق بعد القبض على ما بينا وفيه وضع المسألة، **فلو عاد إليه بسبب هو فسخ** فهو على خيار الرؤية لارتفاع

يعلم أنه ذلك اهـ كمال رحمه الله. **قوله: (إلا إذا بعدت المدّة)** قال الإتقاني: فنقول إن كان لا يتفاوت في تلك المدّة غالباً فالقول للبائع، وإن كان التفاوت غالباً فالقول للمشتري كما قال شمس الأئمة السرخسي وذكر في الكافي إذا نظر إلى مملوك أو دابة ثم اشتراه بعد ذلك بشهر لم يكن فيه خيار، فإن قال المشتري: تغير عن حاله الذي رأيته عليه فعليه البينة وعلى البائع اليمين ولم يصدق المشتري في قليل المدّة واعتبر الشهر قليلاً في حق الحكم، لأنه لا يتغير في مدة الشهر غالباً اهـ وكتب على قوله: إلا إذا بعدت المدة ما نصه بحيث يعلم أنه تغير. **قوله: (فيكون القول له مع يمينه)** أي وكذا لو أراد أن يرده فقال البائع: ليس هذا الذي بعتكه وقال المشتري: بل هو هو فالقول للمشتري سواء كان في بيع بات أو في خيار الشرط أو الرؤية ولقائل أن يقول الغالب في البياعات كون المشتري يرى المبيع، فدعوى البائع رؤية المشتري تمسك بالظاهر، لأن الغالب هو الظاهر والمذهب أن القول لمن يشهد له الظاهر لا لمن يتمسك بالأصل إلا إذا لم يعارضه ظاهر فالوجه أن يكون القول للبائع في الرؤية اهـ فتح. **قوله: (أو وهب ردّ)** أي الباقي بعد البيع والهبة اهـ **قوله: (لأنهما يمنعان تمام الصفقة)** أي وإن كان بعد القبض لعدم تكامل الرضا فلو جاز رد الباقي يلزم تفريق الصفقة قبل التمام وهو باطل كتفريق الصفقة في خيار القبول حيث لا يجوز له أن يقول: اشتريت بعضه دون بعض فلما لم يجز التفريق في خيار القبول لم يجز في خيار الرؤية أيضاً لأن كل واحد منهما لا يجب بمقابله عرض مالي حتى إذا بطل بطل لا إلى بدل، وأما في خيار العيب فله أن يرد ثوباً دون ثوب لأنه لا يلزم تفريق الصفقة بعد التمام، لأن خيار العيب لا يمنع تمام الصفقة وهي تتم معه لأنه وقع على السليم، والظاهر السلامة فوجد الرضا من كل واحد منهما فتم الصفقة لتمام الرضا، والتفريق بعد تمام الصفقة جائز ثم للمشتري أن يرد المعيب إن شاء لغرر من البائع، وإن شاء رضي به اهـ إتقاني. **قوله: (فلو**

المانع من الردّ وهو تفريق الصفقة **كذا ذكره شمس الأئمة** رحمه اللّه، وعن أبي يوسف: أنه لا يعود لأن الساقط لا يعود فصار كخيار الشرط **وعليه اعتمد القدوري** رحمه اللّه بخلاف ما إذا وهب عبده المدين ممن له الدين أو عبده الجاني من رب الجناية حتى سقط الدين والجناية ثم رجع في الهبة حيث يعودان عند أبي يوسف رحمه اللّه خلافاً لمحمد، والعذر لأبي يوسف أن حق خيار الرؤية أضعف منهما واللّه أعلم.

باب خيار العيب

وهو ما يخلو عنه أصل الفطرة السليمة.

قال رحمه اللّه: (من وجد بالمبيع عيباً أخذه بكل الثمن أو ردّه) **لأن مطلق العقد يقتضي السلامة من العيب** فكانت السلامة كالمشروطة في العقد صريحاً لكونها مطلوبة عادة فعند فواتها يتخير كيلا يتضرر بإلزام ما لا يرضى به، كما إذا فات الوصف المرغوب فيه المشروط في العقد كمن اشترى عبداً على أنه خباز أو نحوه فوجوده بخلاف ذلك، ولكون السلامة كالمشروط في العقد لا يحل له أن يبيع

عاد إليه بسبب هو فسخ) قال الإتقاني: ومعنى قوله: عاد إليه بسبب هو فسخ أي عاد الذي اشتراه ولم يره ثم باعه أو وهبه وسلمه بسبب هو فسخ بأن رد عليه بقضاء في البيع وبقضاء أو بغير قضاء في الهبة، وكذا إذا رد عليه في البيع بخيار شرط أو رؤية اهـ وكتب على قوله: هو فسخ ما نصه أي محض كالرد بخيار الرؤية أو الشرط أو العيب بالقضاء أو الرجوع في الهبة اهـ فتح. **قوله: (كذا ذكره شمس الأئمة)** قال الإتقاني وشمس الأئمة: هو أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي صاحب التصانيف الكثيرة في الأصول والفروع توفي سنة ثمان وثمانين وأربعمائة سنة توفي أبو بكر خواهر زاده، والإمام القدوري هو أبو الحسين أحمد بن محمد بن جعفر البغدادي توفي سنة ثمان وعشرين وأربعمائة، وفي هذه السنة توفي أبو علي بن سينا الحكيم، والقدوري تلميذ الشيخ أبي عبد اللّه الجرجاني وهو تلميذ أبي بكر الرازي وهو تلميذ الكرخي اهـ **قوله: (وعليه اعتمد القدوري)** أي وصححه قاضيخان اهـ فتح. وكتب ما نصه: وحقيقة الملحظ مختلف فشمس الأئمة لحظ البيع والهبة مانعاً زال فيعمل المقتضي وهو خيار الرؤية عمله، ولحظ على هذه الرواية مسقطاً وإذا سقط لا يعود بلا سبب وهذا أوجه، لأن نفس هذا التصرف يدل على الرضا ويبطل الخيار قبل الرؤية وبعدها اهـ فتح.

باب خيار العيب

قوله: (لأن مطلق العقد يقتضي السلامة من العيب) أي في المعقود عليه في عرف

المعيب حتى يبين عيبه لقوله عليه السلام: «لا يحل لمسلم باع من أخيه بيعاً وفيه عيب إلا بينه له»[١] رواه ابن ماجه وأحمد بمعناه «ومر عليه السلام برجل يبيع طعاماً فأدخل يده فيه فإذا هو [مبلول فقال: من غشنا فليس منا»[٢] رواه مسلم وغيره][٣]، وكتب عليه السلام كتاباً بعد ما باع فقال فيه «هذا ما اشترى العداء بن خالد بن هودة من محمد رسول الله ﷺ **اشترى منه عبداً أو أمة لا داء ولا غائلة ولا خبثة بيع المسلم للمسلم**»[٤] روه ابن ماجه والترمذي، **فإذا اختار الأخذ أخذه بجميع الثمن ولا ينقص من** الثمن شيئاً لأن الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن بالعقد لكونها تبعاً فلا تكون أصلاً ولا مزاحماً له، بخلاف ما إذا صارت مقصودة بالإتلاف بأن حدث العيب بفعل

التجار، والمعروف بالعرف كالمشروط بالشرط صريحاً اهـ إتقاني. **قوله: (اشترى منه عبداً أو أمة)** شك من الراوي اهـ **قوله: (لاداء ولا غائلة ولا خبثة)** الداء ما كان في الجسد والخلقة والخبثة ما كان في الخلق، والغائلة هو سكوت البائع عما يعلم في المبيع من مكروه اهـ والعداء بالعين والدال المهملتين هو ابن خالد بن هوذة بن خالد كان إسلامه بعد الفتح، وقال الترمذي: هذا الحديث حسن غريب، كذا بخط الشارح، وكتب على قوله: ولا خبثة ما نصه قال ابن الأثير: أراد بالخبثة الحرام كما عبر عن الحلال بالطيب، والخبثة نوع من أنواع الخبيث أراد به أنه عبد رقيق لا أنه من قوم لا يحل سبيهم كمن أعطى عهداً أو أماناً أو من هو حرّ في الأصل اهـ فقوله: نوع من أنواع الخبيث يقتضي أن يكون بكسر الخاء وسكون الباء وهذا هو المحفوظ في الحديث وقد ضبطه المصنف بالقلم بضم الخاء وسكون الباء وفيه نظر اهـ **قوله: (بيع المسلم للمسلم)** بنصب بيع ورفعه النصب على المصدر أي باعه بيع المسلم، والرفع على أنه خبر مبتدأ محذوف أي هذا بيع المسلم وهو مضاف إلى الفاعل والمفعول منصوب، وليس في ذلك ما يدل على أن المسلم إذا باع غير المسلم جاز أن يعامله بما يتضمن خيانة أو غبناً، وإنما قال ذلك على سبيل المبالغة فإن المسلم إذا باع المسلم يرى له من النصح أكثر مما يرى لغيره والله أعلم اهـ **قوله: (فإذا اختار الأخذ أخذه بجميع الثمن ولا ينقص إلخ)** قال الإتقاني: ثم ليس للمشتري إمساك المعيب وأخذ نقصان العيب لأنه حينئذ يلزم الضرر على البائع فلا يجوز، وهذا لأن البائع لم يرض أن يخرج المبيع عن ملكه إلا بالثمن المذكور، فعلى تقدير أخذ النقصان يلزم أن يكون الثمن أقل مما رضي به، والمشتري وإن كان يتضرر بالعيب أيضاً يمكن تدارك ذلك

---

(١) أخرجه ابن ماجة في التجارات (٢٢٤٦)، وأحمد في مسنده (١٦٩٩٨) بنحوه.
(٢) أخرجه مسلم في الإيمان (١٠٢)، والترمذي في البيوع (١٣١٥)، وابن ماجة في التجارات (٢٢٢٤)، وأحمد في مسنده (٧٢٥٠).
(٣) ما بين معكوفتين زيادة من المطبوع.
(٤) أخرجه الترمذي في البيوع (١٢١٦)، وابن ماجة في التجارات (٢٢٥١).

البائع بعد البيع قبل القبض حيث **يسقط من الثمن بحصته** إذا اختار الأخذ، لأن الأوصاف يكون لها/ حصة بالإتلاف قصداً، والمراد به عيب كان عند البائع **وقبضه المشتري من غير أن يعلم به**، ولم يوجد من المشتري ما يدل على الرضا به بعد العلم بالعيب. [١٣٢/١/٢]

قال: (**وما أوجب نقصان الثمن** عند التجار عيب) لأن التضرر بنقصان المالية وذلك بانتقاص القيمة والمرجع في معرفته عرف أهله.

قال: (كالإباق والبول في الفراش والسرقة لأنها توجب نقصان القيمة عندهم) **ثم إذا وجد شيء من هذه الأشياء من صغير غير مميز لا يكون عيباً**، وإن كان مميزاً يكون عيباً ويزول بالبلوغ، فإن عاوده بعد البلوغ يكون عيباً حادثاً غير الأوّل لزوال الأول بالبلوغ فيكونان مختلفين لاختلاف سببهما، **فإن البول قبل البلوغ لضعف في المثانة** وبعده لداء في الباطن، والإباق قبل البلوغ لحب اللعب والسرقة قبل البلوغ لقلة المبالاة وهما بعده لخبث في الباطن حتى لو وجد شيء منها عند البائع قبل البلوغ ثم وجد عند المشتري بعد البلوغ ليس له أن يرده لزوال الأول بالبلوغ، ولو وجد عند البائع قبل البلوغ ووجد عند المشتري أيضاً قبل البلوغ يردّه به ما لم يبلغ **لاتحاد السبب**، وكذا إذا وجد عند البائع بعد البلوغ وعند المشتري أيضاً بعد البلوغ يردّه لما

برد المبيع فلا ضرورة في أخذ النقصان اهـ (فرع) لو صالح المشتري البائع عن حق الرد بالعيب على مال يجوز، وبه قال مالك والشافعي: وفي وجه لا يجوز، والاتفاق على عدمه في خيار الشرط والرؤية قاله الكمال اهـ **قوله**: (**حيث يسقط من الثمن بحصته**) أي: وكما إذا حدث عند المشتري عيب آخر حيث يكون له الرجوع بنقصان العيب على البائع اهـ **قوله**: (**وقبضه المشتري من غير أن يعلم به**) أي عند البيع ولا عند القبض، أما إذا رأى ذلك عند أحد هذين الحالين يسقط خياره لرضاه بالعيب دلالة اهـ إتقاني. **قوله في المتن**: (**وما أوجب نقصان الثمن إلخ**) أراد بهذا بيان معرفة العيوب لأنه لما قال: من وجد بالمبيع عيباً الخ وقعت الحاجة إلى معرفة العيوب فبين العيب بهذا اهـ **قوله**: (**ثم إذا وجد شيء من هذه الأشياء من صغير غير مميز لا يكون عيباً**) أي لأنه لا يعرف الامتناع من هذه الأشياء اهـ **قوله**: (**فإن البول قبل البلوغ لضعف في المثانة**) والضعف قبل البلوغ شامل في الأعضاء كلها ثم عند البلوغ تكمل أعضاؤه ويشتد فكذا هذا، فإذا بلغ ومع هذا بال دل على أنه كان لمعنى آخر سوى ذلك الضعف الأصلي وهو ثبوت ضعف في المثانة بسبب آخر فحينئذ يكون عيباً لازماً اهـ إتقاني. **قوله**: (**لاتحاد السبب**) والحاصل أنه إذا اتفق الحالان علم أن السبب واحد فيكون هذا العيب ثابتاً عند البائع، فأما إذا اختلف فلا يعرف لأنه يجوز أن يزول الذي كان عند البائع ثم حدث النوع الآخر عند المشتري، فلا يكون له حق الرد كالعبد إذا حم عند

ذكرنا، والسرقة لا تختلف بين أن تكون من المولى أو من غيره إلا إذا سرق من المولى شيئاً للأكل فإنه لا يكون عيباً فإن التقصير جاء من قبل المولى حيث أحوجه إليه، وإن سرق طعاماً من المولى ليبيعه يكون عيباً لأنه لا يأتمنه في حفظ ماله، ولو سرق الشيء اليسير نحو الفلس و الفلسين لا يكون عيباً ولو نقب البيت يكون عيباً، وإن لم يأخذ وفي الإباق إذا خرج من البلد يكون عيباً بالاتفاق إن أبق من المولى أو من رجل كان عنده بإجارة أو عارية أو وديعة بخلاف ما إذا أبق من الغاصب إلى المولى أو إلى غيره إن لم يعرف منزله أو لم يقو على الرجوع إليه، وإن لم يخرج منه اختلفوا فيه والأشبه أن يقال: إن كانت البلدة كبيرة مثل القاهرة يكون عيباً، وإن كانت صغيرة بحيث لا يخفى عليه أهلها وبيوتها لا يكون عيباً.

قال: (**والجنون**) لما ذكرنا وهو فساد في الباطن لأن العقل معدنه القلب وشعاعه في الدماغ، والجنون انقطاع ذلك الشعاع وهو لا يختلف باختلاف السن حتى لو وجد عند البائع في صغره **وعاوده عند المشتري بعد الكبر يرده لأنه غبن ذلك الأول**، وقيل: لا تشترط المعاودة عند المشتري بل إذا ثبت أنه كان به جنون عند البائع يرده، وإن لم يعاوده في يد المشتري لأنه قلما يزول، والصحيح أنه لا يردّه حتى يعاوده عنده لأن اللّه تعالى قادر على إزالته فلا بد من المعاودة، ومقداره أن يكون أكثر من يوم وليلة وما دونه لا يكون عيباً، وقال بعضهم: المطبق عيب وما دونه لا يكون عيباً.

قال: (**والبخر والدفر** والزنا وولده في الجارية) يعني هذه الأربعة تكون عيباً في

البائع ثم عند المشتري فإن كان هذا الثاني غير ذلك النوع لا يثبت حق الرد وإن كان من نوعه يثبت حق الرد اهـ إتقاني. نقلاً عن التحفة مع بعض تغيير اهـ **قوله في المتن: (والجنون)** وحكي عن الشيخ أبي بكر الإسكاف البلخي أن الجنون أيضاً بمنزلة البول في الفراش والإباق والسرقة، فلا يمكن المشتري أن يرد بالجنون إذا جن عنده في حالة الكبر إذا كان الجنون عند البائع في حالة الصغر، وإنما يثبت حق الرد إذا كان الجنون عند البائع في حالة الكبر أيضاً، ووجه ذلك أن سببه في الصغر الضعف الشامل على الأعضاء وهو يزول بالكبر كما في ضعف المثانة، وفي حالة الكبر لفساد اختص به محل العقل والصحيح ما ذهب إليه عامة المشايخ لأن ضعف الدماغ لا يوجب الجنون بل يوجد فيه من العقل بقدره، ولهذا يظهر آثار العقل في الصغار ثم يزداد ذلك بزيادة قوته فكان الجنون ثابتاً لفساد فيه اهـ إتقاني. **قوله: (وعاوده عند المشتري بعد الكبر يرده)** أي بخلاف الإباق ونظائره فإنه لا يثبت حق المعاودة عند المشتري بل إذا أثبت أنه كان به جنون عند البائع يرده اهـ **قوله: (لأنه عين ذلك الأول)** أي لأن الجنون لا يكون إلا لفساد في محل العقل وهو الدماغ، ففي أي

الجارية **دون الغلام** لأنه يخل بالمقصود منها وهو الافتراش وطلب الولد لا في الغلام، لأن المطلوب منه الاستخدام وهذه الأشياء لا تخل به لأنه يستخدمه من بعد وكونه أدفر أو أبخر أو زانياً أو ولد زنا لا يمنعه منه إلا أن يكون فاحشاً بحيث يمنع القرب من المولى، أو يكون الزنا عادة له لأن الفاحش من البخر والدفر يكون من داء وهو عيب، واتباع النساء يشغله عن الخدمة، وذلك بأن يتكرر منه الزنا أكثر من مرتين، والعيوب كلها لا بدّ له من المعاودة عند المشتري حتى يرد إلا الزنا في الجارية، فإنه روي عن محمد في الأمالي لو اشترى جارية بالغة، وقد كانت زنت/ عند البائع [١٣٢ ب/٢] فللمشتري أن يردها، وإن لم تزن عنده للحوق العار بالأولاد، وفي نوادر بشر[١] عن أبي يوسف رجل [اشترى][٢] جارية فأبقت عنده ثم وجدها واستحقها مستحق ببينة فعيب الإباق لازم لها أبداً، وهذا نص على أن الإباق أيضاً لا يشترط معاودته فعلى هذا يرجع المستحق بنقصان العيب عليه، وإن لم يعاودها عنده وكذا من اشترى منه يردها عليه به من غير معاودة عنده والأول هو الظاهر، وقد ذكرنا وجهه وقال الشافعي رحمه اللّه: الزنا في الغلام عيب كالسرقة قلنا: لا تنقص قيمته بالزنا ولا يعد عيباً

وقت ظهر فهو بذلك السبب اهـ إتقاني. **قوله في المتن: (والبخر والدفر)** البخر رائحة متغيرة من الفم، وكل رائحة ساطعة فهي بخر مأخوذ من بخار القدر أو بخار الدخان وهذا البخور الذي يتبخر به من ذلك، كذا في الجمهرة، والدفر: نتن ريح الإبط قال في الجمهرة: الدفر النتن رجل أدفر وامرأة دفراء ويقال للمرأة: يا دفار معدول، وقد شممت دفر الشيء ودفره بسكون الفاء وفتحها، وأما الذفر بالذال المعجمة فهو حدة من طيب أو نتن، وربما خص به الطيب فقيل: مسك أذفر كذا في الجمهرة اهـ إتقاني. قال الكمال: قيل: الرواية هنا والسماع بالدال غير المعجمة اهـ **قوله: (دون الغلام)** فإن قيل: لو وجده سارقاً كان له أن يرده والمعنى في ذلك أنه لا يؤتمن على الخزانة والأموال، فإذا كان زانياً لا يكون عيباً لأنه لا يؤتمن على الجواري والخدم قيل: إذا كن مستورات يمكنهن حفظ أنفسهن، وإذا شغله المولى بالعمل ربما لا يتفرغ لذلك الأمر فلذلك المعنى لا يكون عيباً قاله الإتقاني نقلاً عن الفقيه أبي الليث اهـ (فرع) النكاح عيب في الرجل والمرأة جميعاً، وعلل محمد في الأصل بقوله: لأن فرج الجارية عليه حرام إذا كان له زوج، ولأن العبد يلزم بنفقة المرأة، قال في الفتاوى الصغرى: وعدة الجارية عن طلاق رجعي عيب وعن البائن لا إذا اشترى جارية قد ولدت عند البائع لا من البائع أو عند آخر ولم يعلم المشتري بذلك وقت العقد هل له أن يرد فيه روايتان على رواية كتاب البيوع لا يرد إذا لم يكن بسبب الولادة نقصان ظاهر،

---

(١) انظر كشف الظنون (٢/ ١٩٨١).
(٢) ما بين معكوفتين زيادة من المطبوع.

عادة إلا إذا كثر منه بخلاف السرقة فإن المولى يشق عليه حفظ ماله عنه، وكذا حده أعظم وهو قطع اليد من حد الزنا وهو الجلد.

قال: (**والكفر**) يعني في الغلام والجارية هو عيب لأن طبع المسلم ينفر عن صحبته للعداوة الدينية، ولا يجوز إعتاقه عن كفارة القتل فتختل الرغبة فيه ولو اشتراه على أنه كافر فوجده مسلماً لا يردّه لأنه زال العيب، وقال الشافعي: **يردّه لفوات الوصف المرغوب فيه** لأن استعباد الكافر وإذلاله مطلوب المسلم والحجة عليه ما ذكرناه.

قال: (وعدم الحيض والاستحاضة) لأن ارتفاعه واستمرار الدم أمارة الداء وهذا لأن الحيض مركب في بنات آدم فإذا لم تحض فالظاهر أنه لداء فيها، وذلك الداء هو العيب وكذا الاستحاضة لداء فيها، ولا يسمع دعواه بأنه ارتفع إلا إذا ذكر سببه وهو الداء أو الحبل فما لم يذكر أحدهما لا تسمع دعواه ويعتبر في الارتفاع أقصى غاية البلوغ وهو سبع عشرة سنة عند أبي حنيفة، **ويعرف ذلك بقول الأمة** لأنه لا يعرفه غيرها، ويستحلف البائع مع ذلك إن كان بعد القبض فتردّ بنكوله، وإن كان قبله

وعلى رواية المضاربة يرد لأن على تلك الرواية الولادة عيب لازم لأن التكسر الذي يحصل بسبب الولادة لا يزول أبداً وعليه الفتوى نفس الولادة عيب في بني آدم وفي البهائم لا اهـ إتقاني. (فرع) والعسر عيب وهو الذي يعمل بشماله ولا يعمل بيمينه قاله الإتقاني نقلاً عن الأجناس اهـ **قوله في المتن**: (**والكفر**) قال محمد: في الجامع الصغير عن يعقوب عن أبي حنيفة فيمن اشترى عبداً فإذا هو يهودي أو نصراني أو مجوسي أو اشترى أمة فوجدها، كذلك قال: كل هذا عيب يرد منه وهذا لأن المسلم قلما يرغب في صحبة الكافر وينفر عنه فكان الكفر سبباً لنقصان الثمن لفتور الرغبة فكان عيباً، ولأنه لا يجوز صرف الكافر إلى كفارة القتل بالإجماع ولا يجوز صرفه إلى كفارة اليمين عند بعض الناس فاختلفت الرغبة اهـ إتقاني. **قوله**: (**يرده لفوات الوصف المرغوب فيه**) أي لأن الأولى بالمسلم أن يستعبد الكافر وكان السلف الصالح يستعبدون العلوج، والجواب أن هذا أمر راجع إلى الديانة ولا عبرة به في المعاملات اهـ إتقاني. **قوله**: (**ويعرف ذلك بقول الأمة**) قال الإمام العتابي رحمه الله: وغيره إنما يعرف ذلك عند المنازعة بقول الأمة لأنه لا يعرف ذلك غيرها، ويحلف المولى مع ذلك بالله لقد سلمها بحكم البيع وما بها هذا العيب، وإن نكل ترد بنكوله هذا إذا كان بعد القبض، وإن كان قبل القبض يحلفه بالله ما بها هذا العيب الذي يدعيه المشتري في الحال، وهذا على قياس قول أبي حنيفة وأبي يوسف في مسألة البكارة إذا اشترى جارية على أنها بكر فقال المشتري: ليست ببكر، وقال البائع: هي بكر في الحال فإن القاضي يريها النساء فإن قلن: هي بكر لزم المشتري من غير يمين البائع لأن

فكذلك في الصحيح، وعن أبي يوسف رحمه اللّه يرد بلا يمين البائع لضعف البيع قبل القبض حتى يملك المشتري الرد بلا قضاء ولا رضا، وصح الفسخ للعقد الضعيف بحجة ضعيفة **قالوا في ظاهر الرواية: لا يقبل قول الأمة فيه** ذكره في الكافي، ولو ادعى انقطاعه في مدة قصيرة لا تسمع دعواه، **وفي المديدة تسمع** وأقلها ثلاثة أشهر عند أبي يوسف وأربعة أشهر وعشر عند محمد، وعن أبي حنيفة وزفر أنها سنتان وجملة الأمر فيه أنه إذا ادعى انقطاعه **وأحسن دعواه** على ما ذكرنا سأل القاضي البائع فإن أقر بما ادعاه المشتري ردها على البائع، وإن أنكر قيام العيب للحال وهو الانقطاع لا يحلف عند أبي حنيفة على ما يجيء بيانه، وإن أقر بقيامه في الحال وأنكر أنه كان عنده يحلف، فإن حلف برئ وإن نكل رد عليه وإن أقام المشتري البينة على أن الانقطاع كان للبائع، قال في الكافي: لا تقبل لأنهم لا يعرفون انقطاعه فتيقن القاضي بكذبهم، بخلاف ما إذا شهد أنها مستحاضة لأن الاستحاضة درور الدم فيطلع عليه، وذكر في النهاية معزياً إلى فتاوى الفضلي أن المرجع في الحبل إلى قول النساء، وفي الداء إلى قول الأطباء واشترط لثبوت العيب فيها قول عدلين منهم وقال: بخلاف ما لم يطلع عليه الرجال حيث يثبت بقول امرأة واحدة ثم ذكر بعده مثل ما ذكر في الكافي وعزاه إلى الفوائد الظهيرية ثم إذا ثبت العيب بقول المرأة يحلف البائع على أنه لم يكن عنده، لأن المشترى لا يرد بعيب حادث عنده وإنما يرد بعيب كان عند البائع فلا بد من اليمين.

شهادتهن تأيدت بمؤيد، وهو أن الأصل هو البكارة، وإن قلنا: هي ثيب ثبت حق الفسخ للمشتري بشهادتهن لأن شهادتهن ضعيفة وحق الفسخ حق قوي وبشهادتهن يثبت للمشتري حق الخصومة في توجيه اليمين على البائع فيحلف البائع باللّه لقد سلمها بحكم البيع، وهي بكر إن كان بعد القبض، وإن كان قبل القبض باللّه إنها بكر، وروي عن محمد أنها ترد على البائع بشهادتهن من غير يمين البائع، فكذلك هنا ترد من غير يمين البائع، وقال في الفتاوى الصغرى: إذا اشترى جارية فوجدها لا تحيض لا تسمع منه الخصومة ما لم يدع ارتفاع الحيض بسبب الداء أو الحبل فإن ادّعى بسبب الحمل يريها النساء فإن قلن: هي حبلى يحلف البائع أن ذلك لم يكن عنده، وإن قلن: ليست بحبلى لا يمين على البائع، وإن ادعى المشتري ارتفاع الحيض بسبب الداء لم يكتب المحشي، **قوله: (قالوا: في ظاهر الرواية لا يقبل قول الأمة فيه)** في الهداية ويعرف ذلك بقول الأمة فترد إذا انضم إليه نكول البائع اهـ **قوله: (وفي المديدة تسمع)** وأقلها ثلاثة أشهر قال الإتقاني قال محمد في الأصل: والمستحاضة والتي يرتفع حيضها زماناً فهذا كله عيب وفسر في التحفة أدنى ذلك الزمان بشهرين اهـ **قوله: (وأحسن دعواه)** أي بأن ذكر سببه وهو الداء أو الحبل اهـ **قوله:**

قال: (والسعال القديم) لأن دوامه يدل على الداء وتنتقص بسببه قيمته.

قال: (والدين) لأن ماليته يكون **مشغولاً** به ويقدم الغرماء على المولى.

قال: (والشعر والماء في العين) لأنهما / يضعفان البصر ويورثان العمى. [١٣٣/٢/١]

قال: (فلو حدث آخر عند المشتري رجع بنقصانه أو رد برضا بائعه) أي لو حدث عند المشتري عيب واطَّلع على عيب كان فيه عند البائع فله أن يرجع بالنقصان، وليس له أن يرده إلا برضا البائع لأن بالرد إضراراً بالبائع، لأنه خرج عن ملكه سالماً عن العيب الثاني، ولا بد من دفع الضرر عنهما فتعين الرجوع بالنقصان **إلا أن يرضى البائع بأخذه**، لأنه رضي بالتزام الضرر فيخير المشتري حينئذٍ إن شاء رده، وإن شاء رضي به وليس له أن يرجع لنقصان بعدما رضي البائع به لزوال الموجب لذلك، وهو امتناعه من أخذه بخلاف ما إذا خاط الثوب قميصاً ثم اطَّلع على عيب حيث يرجع عليه بالنقصان وليس له أن يأخذ الثوب لأن امتناع الرد هناك لحق الشرع كيلا يلزم الربا فلا يقدر على إسقاطه، وهنا امتنع لحق البائع فيسقط بإسقاطه ولا يقال: إن الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن فكيف يرجع عليه بالنقصان، لأنا نقول: إذا صارت مقصودة يقابلها شيء وتصير مقصودة بأحد أمرين، إما بالإتلاف حقيقة كما إذا قطع البائع يده قبل القبض فإنه يسقط من الثمن بقدره وهو النصف، وإما بالمنع حكماً كما إذا امتنع الرد لحقه أو لحق الشرع بأن نقص أو زاد لأن الجزء الفائت صار حقاً للمشتري بالعقد ووجب عليه تسليمه فإذا عجز صار مانعاً لذلك الجزء حكماً فيرد عليه المبيع إن أمكن دفعاً للضرر عنه، ولا يرجع عليه بالنقصان لاندفاع الضرر به وإن لم يمكن رجع عليه بحصته من الثمن فصار له حصة من الثمن لكونه مقصوداً بالمنع حكماً، فاعتبر الحكمي للضرورة عند تعذر دفع الضرر عنه بغيره، وطريق معرفته أن يقوّم وبه هذا العيب ثم يقوّم وهو سالم، فإذا عرف التفاوت بين القيمتين يرجع عليه بحصته من الثمن حتى إذا كان عشر القيمة مثلاً رجع عليه بعشر الثمن وإن كان ثلثاً فثلثه، وقال مالك: يرد المشتري المبيع ويرد معه نقصان العيب الحادث عنده، لأن رد البدل عند تعذر رد المبدل كرده فصار راداً لكل المبيع فيرجع عليه بكل الثمن، ولنا أن حق الرد

(مشغولة به) الذي بخط الشارح مشغولاً به اهـ **قوله: (إلا أن يرضى البائع بأخذه)** أي بالعيب الحادث فله ذلك لأنا إنما، قلنا: بتعذر الرد لحق البائع فلما رضي أسقط حقه بخلاف ما إذا كان المبيع عصيراً فتخمر في يد المشتري، ثم اطلع على عيب في العصير وهي مسألة الجامع الكبير حيث لا يكون للبائع أن يأخذ الخمر ويرد الثمن وإن وجد منه الرضا بالأخذ لأن الامتناع ثمة لحق الشرع لما فيه من تمليك الخمر وتملكها فلا يقع بتراضي المتعاقدين كما لو تراضيا على بيع الخمر ولكن يأخذ المشتري نقصان العصير اهـ إتقاني.

ثبت للمشتري ليندفع به الضرر عن نفسه على وجه لا يتضرر به البائع، وبعدما تعيب عنده لو ردّ لتضرر به البائع لأنه خرج عن ملكه سليماً عن العيب الحادث عنه ويعود إليه معيباً به فلا يلزمه، وضرر المشتري أمكن دفعه بالرجوع عليه بحصته من الثمن **فلا يصار إليه أصلاً**، ثم لو رضي البائع بأخذ المبيع بعيبه فقد التزم الضرر باختياره، وليس له أن يرجع على المشتري كما لا يرجع المشتري بشيء على البائع إذا رضي بأخذ المعيب، ولا يقال: مراعاة حق المشتري أولى عند تعارض الحقين لما أن البائع دلس عليه وصار مغروراً من جهته فيرجح مراعاة حقه لذلك لأنا نقول: ذلك معصية منه، والمعصية لا تنافي عصمة مال العاصي، ألا ترى أن من غصب ثوباً فخاطه أو صبغه لا تسقط عصمة الصنعة.

قال: (ومن اشترى ثوباً فقطعه فوجد به عيباً رجع بالعيب) لأن القطع عيب حادث وقد بينا أنه يمنع الرد ويوجب الرجوع بالنقصان، بخلاف ما إذا اشترى بعيراً ونحره فوجد معاه فاسداً حيث لا يرجع بالنقصان عند أبي حنيفة، والفرق له أن النحر إفساد للمالية لأنه يصير به عرضة للنتن والفساد، ولهذا لا يقطع السارق بسرقته فاختل قيام ماليته بفعله فصار كإتلافه كما إذا كان عبداً أو طعاماً فقتله أو أكله.

قال: (وإن قبله البائع كذلك له ذلك) لأن الامتناع لحقه، وقد رضي به بخلاف ما إذا كان الامتناع لزيادة فيه **حيث لا يكون له أخذه** لأن الامتناع لحق الشرع على ما بينا.

[١٣٣ ب/٢] قال/: (**وإن باعه المشتري لم يرجع** بشيء) لأنه صار حابساً له بالبيع إذ الرد غير ممتنع بالقطع برضا البائع على ما بينا فكان مفوتاً للرد بخلاف ما إذا خاطه ثم باعه **حيث لا يبطل الرجوع بالنقصان**، لأنه لم يصر حابساً له بالبيع لامتناع الرد قبله بالخياطة من غير علم بالعيب وبيعه بعد امتناع الرد لا تأثير له.

قال: (فلو قطعه أو خاطه أو صبغه أولت السويق بسمن فاطّلع على عيب رجع بنقصانه كما لو باعه بعد رؤية العيب) يعني لو باعه **في هذه الصور**، وإنما يرجع

قوله: (فلا يصار إليه أصلاً) هكذا هو بخط الشارح رحمه الله ووجهه أن يقال: فلا يصار إليه أي إلى الرد بعيب قديم مع حدوث عيب آخر عند المشتري، وفي عبارة الكافي وغيره فيصار إليه بدون قوله أصلاً وهي ظاهرة المراد، أي فيصار إلى الرجوع عليه بحصته من الثمن اهـ **قوله: (حيث لا يكون له أخذه)** قال الإتقاني رحمه الله: قال في شرح الطحاوي: أنهما لو تراضيا على الردّ فالقاضي لا يقضي بالردّ اهـ **قوله في المتن: (وإن باعه المشتري لم يرجع)** أي بعد العلم بالعيب أو قبله اهـ غاية. **قوله: (حيث لا يبطل الرجوع بالنقصان)** أي سواء علم بالعيب يوم البيع أو بعده اهـ إتقاني. وكتب على قوله حيث لا يبطل بالنقصان ما

بالنقصان لتعذر الرد بسبب الزيادة إذ الفسخ في الأصل بدون الزيادة لا يمكن لأنها لا تنفك عنه، ومع الزيادة أيضاً لا يمكن لأن العقد لم يرد عليها فكذا الفسخ إذ هو لا يرد إلا على عين ما ورد عليه العقد وإلا لما كان فسخاً، ولو أخذه لكان رباً أيضاً على ما بيناه فإذا امتنع الرد بسبب الزيادة لا تأثير للبيع للامتناع قبلها فلا يصير به حابساً، بخلاف القطع من غير خياطة على ما ذكرنا، وبخلاف ما إذا زاد المبيع زياد متصلة كالسمن والجمال **حيث لا يمنع الرد بالعيب في ظاهر الرواية**، ويصير بالبيع بعدها حابساً له لأن الزيادة في مثلها تبع محض لكونها وصفاً له فلا يمنع الفسخ **فحاصله أن الزيادة نوعان متصلة** [ومنفصلة](١)، فالمتصلة ضربان متولدة من الأصل كالجمال، وغير متولدة منه كالصبغ وقد ذكرنا حكمها، والمنفصلة أيضاً نوعان متولدة من المبيع كالولد والثمر واللبن ونحو ذلك فإنه يمنع الردّ، لأنه لا وجه إلى الفسخ فيها مقصوداً لأن العقد لم يرد عليها ولا تبعاً لانفصالها، ولا إلى الفسخ في الأصل وحده بدون الزيادة لأنه يؤدي إلى الربا، لأن المشتري إذا رد المبيع وأخذ الثمن تبقى الزيادة في ملكه بلا عوض، والنوع الثاني: من هذا النوع زيادة غير متولدة من الأصل كالكسب فإنه لا يمنع الرد بالعيب والفسخ، فإذا فسخ يسلم للمشتري مجاناً لأنه ليس بمبيع بحال مّا لأنه متولد من المنافع والمنافع ليست بجزء للعين، ولهذا لا يتبع الكسب الكاسب في الحرية والكتابة والتدبير والاستيلاء حتى لا تكون أكسابهم مثلهم، ولا يلزم من حصولها للمشتري مجاناً أن يكون رباً، لأنه ليس بجزء للمبيع فلم يملكه بالثمن وإنما ملكه بالضمان، وبمثله يطيب الربح لما روي أنه عليه السلام

نصه لأن امتناع الردّ ليس لحق البائع بل لحق الشرع لحصول الزيادة فيه بالخياطة فكان الرد ممتنعاً قبل البيع بالخياطة لا بالبيع اهـ إتقاني. وكتب أيضاً ما نصه قال الإتقاني: وكذلك الحكم فيما لو كان المبيع حنطة فطحنها أو كان لحماً فشواه أو كان دقيقاً فخبزه ثم باعه يرجع بنقصان العيب، لأن المشتري ليس بحابس للمبيع بل امتنع الردّ قبل البيع لحق الشرع اهـ **قوله: (في هذه الصور)** يعني لو قطعه و خلطه ثم باعه بعد رؤية العيب أو صبغه ثم باعه بعد رؤية العيب أولت السويق بسمن ثم باعه بعد رؤيةالعيب، فإنه يرجع بالنقصان في هذه الصور وكتب على قوله في هذه الصور ما نصه أي بعد رؤية العيب اهـ **قوله: (حيث لا يمنع الردّ بالعيب في ظاهر الرواية)** أي إذا رضي من له الحق في الزيادة فإذا أبى المشتري الرد وأراد الرجوع بالنقصان، وقال البائع: لا أعطيك نقصان العيب، ولكن رد عليَّ المبيع حتى أرد عليك جميع الثمن قال ح س: ليس للبائع ذلك، وقال م: له ذلك اهـ **قوله: (فحاصله أن الزيادة نوعان متصلة إلخ)** الزيادة المتصلة المتولدة من الأصل لا تمنع الفسخ عند محمد

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من المطبوع.

قضى: «أن الخراج بالضمان»[١] رواه مسلم والبخاري وغيرهما، وفي رواية أن رجلاً ابتاع غلاماً فاستغله ثم وجد به عيباً فردّه بالعيب فقال البائع: غلة عبدي فقال: أليس قال النبي ﷺ: «الغلة بالضمان»[١] رواه أحمد وأبو داود وابن ماجه، فإذا ثبت هذا فنقول: إن كل موضع يكون المبيع قائماً فيه على ملك المشتري، ويمكنه الرد برضا البائع فإخراجه عن ملكه يمنع الرجوع بالنقصان لكونه مفوتاً له، وكل موضع يكون المبيع قائماً فيه ولا يمكنه الرد وإن رضي به البائع فإخراجه عن ملكه لا يمنع الرجوع بنقصان العيب، لأنه لم يصر مفوتاً بالإخراج بل كان ممتنعاً قبله، **ولهذا قلنا**: إن من اشترى ثوباً فقطعه لباساً لولده الصغير وخاطه ثم وجد به عيباً لا يرجع بنقصان العيب، لأنه صار مملكاً له بالقطع قبل الخياطة في وقت لا يمتنع الرد، ولو كان الولد كبيراً/ [١٣٤/أ/٢] رجع بالعيب لأنه لم يصر ملكاً له إلا بقبضه، إذ لا ولاية له عليه فحصلت الخياطة من غير علم بالعيب في ملك الأب فامتنع الرد به ثم حصل التمليك بعد ذلك بالتسليم فلا يمنع الرجوع بالنقصان.

قال: (أو مات العبد أو أعتقه) أي الخياطة ونحوها لا تمنع الرجوع بنقصان العيب كما لا يمنع البيع بعد الزيادة على ما تقدم، وكما لا يمنع موت العبد وإعتاقه، أما الموت فإنما لا يمنع فلأن الملك ينتهي به لأن الملك في محل الحياة ثبت باعتبارها فينتهي بانتهائها، وامتناع رده على البائع حكمي لا بفعل من المشتري فلا يمنع الرجوع بالنقصان، وأما الإعتاق فالمراد به إعتاق وجد منه قبل العلم بالعيب، وإن أعتقه بعد العلم به فلا يرجع بالنقصان لأن إقدامه على الإعتاق يدل على رضاه به، والقياس فيه أن لا يرجع بالنقصان وإن كان قبل العلم بالعيب وهو قول الشافعي رحمه اللّه، **لأن امتناع الرد بفعله فصار كالقتل** وجه الاستحسان أن الإعتاق إنهاء للملك، **لأن الملك في الآدمي يثبت على منافاة الدليل** إلى غاية العتق، والشيء ينتهي

لأنها تابعة للأصل اهـ غاية وعمادية. **قوله: (ولهذا قلنا)** أي لأجل ما قلنا، وهو أن المشتري إذا كان حابساً للمبيع لا يرجع بنقصان العيب قلنا إلخ اهـ **قوله: (لأن امتناع الرد بفعله فصار كالقتل)** قال الإتقاني: و أما الإعتاق بلا مال فالقياس أن لا يرجع بنقصان العيب وهو قول زفر ذكره قاضيخان وهو قول الشافعي أيضاً كذا نقل قوله في شروح الجامع الصغير، لأنه حبس المبيع بفعله فصار كالإعتاق على مال وكالقتل. **قوله: (لأن الملك في الآدمي يثبت على منافاة الدليل) أي لأن** الإنسان لم يخلق للتملك، وإنما وقع الملك فيه بعارض الكفر

---

(١) أخرجه الترمذي في البيوع (١٢٨٥)، والنسائي في البيوع (٤٤٩٠)، وأبو داود في البيوع (٣٥٠٨)، وأحمد في مسنده (٢٣٧٠٤).

(٢) أخرجه أحمد في مسنده (٣٤٣٢٦).

بمضي مدته والمنتهي متقرر في نفسه **فيجعل كأن الملك فيه باق** فتعذر ردّه، ولهذا ثبت الولاء له بالعتق وهو من آثار الملك فبقاؤه كبقاء الملك والتدبير والاستيلاد كالإعتاق **لتعذر الرد فيهما بالأمر الحكمي** مع بقاء الملك حقيقة، ولو أعتقه على مال لم يرجع بشيء لأنه حبس بدله وهو كحبس المبدل، **وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه يرجع** لأنه إنهاء للملك وإن كان بعوض، ولأن العوض والمعوض ملكه فكان كالعتق بلا عوض، **والكتابة مثل الإعتاق** على مال لحصول العوض فيها كالبيع، وإن عجز المكاتب ينبغي أن يرده بالعيب لزوال المانع، وهذا كما قلنا **إذا أبق العبد المبيع** ثم اطَّلع على عيب لا يرجع بالنقصان، لأن الرجوع خلف عن الردّ فلا يصار إلى الخلف ما دام حياً، لأن رجوعه موهوم فيمكن رده فإذا رجع رده لزوال المانع، ولو اشترى المكاتب أباه أو ابنه ثم اطَّلع على عيب لا يرده لأنه تكاتب عليه فلا يتمكن من إخراجه عن ملكه ولا يرجع بالنقصان، لأن خلف عن الرد، ولم يقع اليأس عنه بخلاف التدبير والاستيلاد، ولو عجز المكاتب يرده مولاه ويتولاه العبد لأنه هو الذي اشتراه فكان حقوقه إليه كما لو اشترى عبداً ثم عجز واطَّلع المولى على العبد عيباً فإنه يرده ويتولاه المكاتب لأنه هو العاقد.

قال: (فإن أعتقه على مال أو قتله أو كان طعاماً فأكله أو بعضه لم يرجع بشيء) أما العتق على مال فقد ذكرناه، وأما القتل فلأن الرد امتنع بفعله وهو مضمون عليه، وإنما سقط الضمان عنه باعتبار أنه ملكه فصار منتفعاً بهذا الملك من حيث دفع الضمان عن نفسه فصار كأنه سلم إليه الضمان معنى، ألا ترى أنه لو لم يكن ملكاً له لوجب عليه ضمانه، وعن أبي يوسف أنه يرجع بالنقصان لأن قتل المولى عبده لا يتعلق به حكم دنيوي فصار كالموت حتف أنفه فيكون إنهاء للملك **وجوابه ما ذكرنا**، وهذا بخلاف ما إذا صبغ الثوب أو فعل فيه نحوه حيث يرجع بالنقصان مع امتناع الرد بفعله لأن هناك امتناع الرد بسبب زيادة المبيع لحق الشرع على ما بينا، والعين قائم على حاله ولم يحصل له عنه عوض فلم يوجد ما يمنع الرجوع فصار نظير

أعني أنه وقع جزاء للكفر الأصلي اهـ **قوله: (فيجعل كأن الملك فيه باق)** بخلاف البيع فإنه قاطع لملك البائع إلى غيره لا منه للملك في العبد وبهذا ملكه المشتري اهـ **قوله: (لتعذر الردّ فيهما بالأمر الحكمي)** أعني الردّ امتنع بتعلم الشرع لا بفعل المشتري اهـ **قوله: (وعن أبي حنيفة أنه يرجع)** لأنه إنهاء للملك وهو قول أبي يوسف اهـ **قوله: (والكتابة مثل الإعتاق على مال)** أي وفيه خلاف أبي يوسف أيضاً اهـ **قوله: (إذا أبق العبد المبيع)** ثم اطلع على عيب لا يرجع بالنقصان رواه الحسن بن زياد عن أبي حنيفة، وروى الحسن بن أبي مالك أنه يرجع للحال اهـ **قوله: (وجوابه ما ذكرنا)** ولا نسلم أن قتل المولى لا يتعلق به حكم من

الاستيلاد والتدبير والإعتاق، وأما أكل الطعام فالمذكور هنا قول أبي حنيفة، **والقياس أن يرجع بالنقصان وهو قولهما**، لأنه فعل في المبيع ما يقصد بشرائه ويعتاد فعله فيه فأشبه الإعتاق، وجه الاستحسان أن الرد قد تعذر بفعل مضمون منه، **وإنما سقط الضمان عنه باعتبار أنه ملكه**/ [١٣٤ب/٢] فصار كالإحراق بالنار، وقتل العبد وكونه مقصوداً لا تأثير له فيه، ألا ترى أن المبيع مقصود بالشراء ومع ذلك يمنع منه، والأصل في جنس هذه المسائل أن الرد متى امتنع بفعل مضمونٍ من المشتري كالقتل **والتمليك من غيره امتنع** الرجوع بالنقصان، ومتى امتنع لا من جهته أو من جهته بفعل غير مضمون كالهلاك بآفة سماوية أو انتقص **أو زاد زيادة مانعة من الرد أو الإعتاق** أو توابعه كالتدبير، والاستيلاد لا يمنع من الرجوع بالنقصان وإن أكل بعض الطعام **فكذا الجواب عنده**، وليس له أن يرد الباقي ولا أن يرجع بنقصانه **لأنه كشيء واحد فلا يرد بعضه** دون بعض، كما إذا باع البعض وعندهما يرجع بنقصان العيب في الكل، وليس له أن يرد الباقي لأن الطعام كالشيء الواحد فيتعيب بالتبعيض، وأكل الكل لا يمنع الرجوع فالبعض أولى وعنهما أنه يرد الباقي ويرجع بنقصان ما أكل لأن التبعيض لا يضره، وإن باع بعضه ثم اطَّلع على عيب لا يرجع بالنقصان لا في المزال عن ملكه ولا في الباقي، لأن امتناع الرد بفعله وهو مضمون عليه، وعند زفر يرجع بنقصان الباقي.

أحكام الدنيا، ألا ترى أنه تجب عليه الكفارة لو كان خطأ اهـ إتقاني. **قوله: (والقياس أن يرجع بالنقصان وهو قولهما)** قال الإتقاني: وأخذ الطحاوي في مختصره[1] بقولهما وكذا الخلاف فيما إذا اشترى ثوباً فلبسه فتمزق ثم اطلع على عيب عند البائع فعند أبي حنيفة ليس له الرجوع بنقصان العيب خلافاً لهما، وأجمعوا أنه لو أتلف الطعام أو الثوب بسبب آخر ليس له حق الرجوع كذا في شرح الطحاوي، وجه قولهما أن الأكل تصرف مشروع يقصد المبيع لأجله، وكذا اللبس تصرف مشروع يقصد المبيع لأجله فلا بعد إتلافاً، لأنه استعمال العين لما طلب فيه لأصل التخليق فيقع الهلاك على ملكه، ولا يكون كالزائل فلا يمنع الرجوع بالنقصان كالإعتاق بخلاف القتل اهـ وكتب على قوله وهو قولهما ما نصه قال في خلاصة الفتاوى: والفتوى على قولهما اهـ إتقاني. **قوله: (وإنما سقط الضمان عنه باعتبار أنه ملكه)** فصار كالمستفيد عوضاً اهـ إتقاني. **قوله: (والتمليك من غيره امتنع)** أي ولم يمتنع الرد قبل التمليك اهـ **قوله: (أو زاد زيادة مانعة من الردّ أو الإعتاق)** مثال الامتناع من جهته بفعل غير مضمون اهـ **قوله: (فكذا الجواب عنده)** أي لا يرجع عنده كما لو أكل كله اهـ **قوله: (لأنه كشيء واحد فلا يردّ بعضه)** أي كالعبد الواحد تعذر الرد في بعضه بمعنى من قبله مبطل الحق في الكل اهـ إتقاني. وعند زفر يرجع بنقصان الباقي إلا أن يرضى البائع أن

---

(١) هو في فروع الحنفية للإمام أبي جعفر أحمد بن محمد الطحاوي المتوفى سنة (٣٢١هـ). كشف الظنون (٢/١٦٢٧).

قال: (ولو اشترى بيضاً أو قثاء أو جوزاً ووجده فاسداً ينتفع به رجع بنقصان العيب) لأن الكسر عيب حادث إلا إذا رضي به البائع لأنه أسقط حقه، وقال الشافعي رحمه اللّه: إذا كسر منه مقدار ما لا بد منه للعلم بالعيب يرده، لأن البائع سلطه عليه فكأنه فعله بنفسه قلنا: رضي بكسره في ملك المشتري لا في ملك نفسه فيجب رعاية حقهما بالرجوع بنقصان العيب، على ما بينا من قبل فصار كما لو باع ثوباً فقطعه ثم اطّلع على عيب ولو علم بصفته قبل الكسر رده لإمكانه.

قال: (وإلا بكل الثمن) أي **إن لم ينتفع به** رجع بكل الثمن لأنه ليس بمال فكان البيع باطلاً قالوا: هذا يستقيم في البيض لأنه لا قيمة لقشره، وكذا في الجوز إذا لم يكن لقشره قيمة، وأما إذا كان لقشره قيمة بأن كان في موضع يوقد فيه قشره كما في مواضع الزجاجين فقيل: يرجع بحصة اللب ويصح البيع في القشر بحصته لأنه مال متقوّم فصار محلاً للبيع **وقيل: يرد القشر، ويرجع بكل الثمن** لأن مالية الجوز باعتبار اللب دون القشر فإذا لم ينتفع بلبه فات محل البيع فكان باطلاً، وإن كان لقشره قيمة هذا إذا ذاقه فتركه، فإن تناول منه شيئاً بعد ما ذاقه فلا يرجع عليه بشيء لأنه صار به آكلاً للبعض، وينبغي أن يكون على الخلاف الذي ذكرنا في الطعام **هذا إذا كسره من غير علم به**، ولو كسره بعد العلم به لا يرده ولا يرجع بالنقصان، لأن كسره بعد العلم به دليل الرضا وقالوا: هذا إذا وجده خاوياً، وإن كان فيه قليل لب شيء يأكله بعض الفقراء أو يصلح للعلف فهو من قبل العيب وحكمه ما ذكرناه، وقالوا في بيض النعامة: إذا وجده فاسداً بعد الكسر يرجع بنقصان العيب لأن ماليته باعتبار القشر بخلاف غيره مما ذكرنا، وإن وجد البعض فاسداً وهو قليل جاز البيع استحساناً **لأنه لا يخلو عن القليل من الفاسد** عادة فلا يمكن التحرز عنه، وذلك مثل الواحد أو الاثنين من كل مائة فليس له أن يخاصم البائع بسببه وإن كان أكثر من ذلك اختلفوا فيه، **فقيل: باطل عند أبي حنيفة**، وعندهما يجوز بحصة الصحيح منه لأنه بمنزلة ما لو فصل

يأخذ الباقي بحصته من الثمن اهـ غاية. **قوله: (إن لم ينتفع به)** أي كالقرع المر والبيض المذر اهـ فتح. **قوله: (وقيل: يرد القشر ويرجع بكل الثمن)** هو اختيار صاحب الهداية اهـ **قوله: (هذا إذا كسره من غير علم به)** لا يظهر وجه هذا التفصيل بعد ما قرر أن البيع باطل، والذي يظهر أن التفصيل فيما إذا وجده معيباً ينتفع به فينبغي أن يذكر هناك اهـ قارئ الهداية[1] اهـ **قوله: (لأنه لا يخلو عن القليل من الفاسد)** أي فصار كقليل التراب في الحنطة والشعير فلا يرجع بشيء أصلاً، وفي القياس يفسد وهو ظاهر اهـ فتح. **قوله: (فقيل باطل عند**

---

(١) هو عمر بن إسحاق بن أحمد الغزنوي سراج الدين الحنفي المصري المتوفى سنة (٧٧٣هـ). هدية العارفين (١/ ٧٩٠)، كشف الظنون (٢/ ١٢٢٧).

ثمنه لأنه ينقسم ثمنه على أجزائه كالمكيل والموزون لا على قيمته، وقبل العقد لا يجوز عند الكل لأنه لم يفصل الثمن والأول أصح لما عرف من قواعدهم.

[٢/١٣٥] قال: (ولو باع المبيع فرد عليه بعيب بقضاء يرده على بائعه ولو برضا لا) أي/ لو اشترى شيئاً ثم باعه فرد عليه بالعيب له **أن يرده على بائعه** إن كان رد عليه بقضاء، لأن الرد بالقضاء فسخ في حق الكل فيكون كأنه لم يبعه، وإن كان الرد بالتراضي من غير قضاء القاضي **لا يرده على بائعه**، وقيل في عيب: لا يحدث مثله كالإصبع الزائدة يردّه للتيقن به عند البيع الأوّل، والأصح أنه لا يرد عليه في الكل **لأن الفسخ بالتراضي بيع جديد في حق غيرهما** إذ لا ولاية لهما على غيرهما بخلاف القاضي لأن له ولاية عامة فينفذ قضاؤه على الكل، **وهذا إذا كان الرد بعد القبض، وإن كان قبله فله** أن يرده على بائعه، **وإن كان بالتراضي** في غير العقار لأن بيع المبيع قبل القبض لا يجوز فلا يمكن جعله بيعاً جديداً في حق غيرهما فجعل فسخاً في حق الكل على ما نبينه في الإقالة إن شاء اللّه تعالى، وفي العقار اختلاف المشايخ على قول أبي حنيفة، والأظهر أنه بيع جديد في حق البائع الأول لأن العقار يجوز بيعه قبل القبض عنده فليس له أن

أبي حنيفة) أي كما لو جمع بين حر وعبد اهـ **قوله: (له أن يرده على بائعه)** قال الكمال: يعني له أن يخاصم الأول ويفعل ما يحب معه إلى أن يرده عليه، وقيده في المبسوط بما إذا ادعى المشتري الثاني العيب عند البائع الأوّل، أما إذا أقام البينة أن العيب كان عند المشتري الأوّل لم يذكره في الجامع وإنما ذكره في إقرار الأصل فقال: ليس للمشتري الأوّل أن يخاصم مع بائعه بالإجماع، لأن المشتري الأوّل لم يصر مكذباً فيما أقر به ولم يوجد هنا قضاء على خلاف ما أقر به فبقي إقراره بكون الجارية سليمة فلا يثبت له ولاية الرد اهـ فتح القدير. **قوله: (لا يرده على بائعه)** أي وإن ثبت أن العيب كان عند البائع الأوّل اهـ ولوالجي. **قوله: (لأن الفسخ بالتراضي بيع جديد في حق غيرهما)** أي والبائع الأول ثالثهما كان المشتري الأوّل اشتراه من المشتري الثاني، ولو اشتراه المشتري الأوّل من المشتري الثاني لم يكن له أن يرده على الأوّل فلا خصومة فكذا هذا، ولهذا لو كان على المشتري الأوّل في الدار شفعة فأسقط الشفيع حقه فيما باعه ثم رد بعيب بالتراضي تجدد للشفيع حق الشفعة كأن المشتري الأوّل اشترى ثانياً ما باع فلا يجوز له حق الخصومة في الرد ولا في الرجوع بالنقصان، وقال الشافعي: يرد إذا قبله بلا قضاء لأن الرد بالعيب عنده يرفع العقد من أصله نص عليه الشافعي فلم يتفاوت الرد بالرضا والقضاء اهـ فتح. **قوله: (وهذا إذا كان الرد)** أي بالعيب من المشتري الثاني اهـ **قوله: (بعد القبض)** أي بعد قبض المشتري الثاني المبيع اهـ **قوله: (وإن كان قبله فله)** أي للمشتري الأوّل اهـ **قوله: (وإن كان بالتراضي)** أي كما لو باع المشتري الأوّل للمشتري الثاني بشرط الخيار له أو بيعاً فيه خيار رؤية فإنه إذا فسخ

يرده على بائعه كأنه اشتراه بعد ما باعه، وعند محمد فسخ لأنه لا يجوز [بيعه][1] قبل القبض عنده، وعند أبي يوسف بيع في حق الكل على ما عرف من مذهبه، **ولا فرق بين أن يكون قضاء القاضي ببينة أو بإقرار** أو بنكول لأن قضاءه فسخ في الكل، **وقال محمد: لا يرد على بائعه** إن رد عليه ببينة لأنه أنكر قيام العيب به فيكون إقراراً منه على أنه سليم، قلنا: قد صار مكذباً شرعاً فبطل إقراره، وقال زفر رحمه اللّه: لا يرده على بائعه إذا كان القضاء بإقرار أو نكول لأن إقراره لا يقبل في حق غيره، فلا يكون حجة على بائعه فلا يصير فسخاً في حقه كالفسخ بالتراضي، وهذا لأن القاضي مضطر إلى القضاء من جهته فانتقل الفعل إليه لأن فعل المكره منسوب إلى المكره، قلنا: لا ينتقل فعل المكره إلى المكره إلا فيما يصلح آلة له كما في القتل فإنه يمكنه أن يأخذه ويضر به، وأما فيما لا يصلح فلا ينتقل إليه كما في الإكراه على الطلاق والعتاق لأنه يوقعهما بكلامه، والمكره لا يصلح أن يكون آلة له فيه إذ لايقدر أن يتكلم بلسان غيره، والقاضي لا يصلح أن يكون آلة له فلا ينتقل إليه، فإن قيل: لما باشر سبب الفسخ وهو النكول أو الإقرار بالعيب **كان راضياً بحكم السبب** فلا يلزم

المشتري الثاني بحكم الخيار كان للمشتري الأوّل أن يرده مطلقاً وعلمت أن الفسخ بالخيارين لا يتوقف على قضاء اهـ كمال. (فرع) قال الإتقاني: ثم اعلم أن المشتري إذا باع المبيع ثم رد عليه بعيب فإن كان ذلك قبل القبض كان له حق الرد على بائعه فيكون بمنزلة ما إذا لم يبع سواء كان بقضاء أو بغير قضاء، لأن الرد بالعيب قبل القبض فسخ من الأصل في حق الكل فصار ذلك الرد بمنزلة لرد بخيار الشرط أو خيار الرؤية، أما إذا قبضه المشتري الثاني ثم رد على المشتري الأوّل بعيب فعلى وجهين فإن قبله بقضاء قاضٍ فله الرد على بائعه وإن قبله بغير قضاء قاض فليس له الرد، وذلك لأنه إذا قبل بغير قضاء القاضي كان ذلك رداً باصطلاحهما وتراضيهما فكان ذلك بمنزلة عقد مستأنف، وإذا قبله بالقضاء بأحد الأشياء الثلاثة بالبينة أو بالنكول أو بالإقرار فله أن يرد على البائع الأوّل، لأن البيع الثاني انفسخ بفسخ القاضي فصار كأن البيع الثاني لم يوجد أصلاً ولكن البيع الأوّل قائم لم ينفسخ بفسخ الثاني فيملك الخصومة اهـ **قوله: (ولا فرق بين أن يكون قضاء القاضي ببينة أو بإقرار)** ومعنى القضاء بالإقرار أنه أنكر الإقرار فأثبت بالبينة اهـ هداية. وكتب ما نصه قال الإتقاني: وفي قول زفر: إذا جحد العيب فرد عليه بالبينة ليس له أن يرد على الأوّل كذا ذكر الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير اهـ **قوله: (وقال محمد: لا يرد على بائعه)** هكذا ذكر في المجمع أن هذا قول محمد وذكر شارحا الهداية الأكمل والقوام الإتقاني أن هذا قول زفر واللّه أعلم. **قوله: (كان راضياً بحكم السبب)** أي فلا فرق بين القضاء والرضا في وجوب

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من المطبوع.

بائعه، قلنا: المسألة مفروضة فيما إذا أقر بالعيب وأبى القبول فرده عليه القاضي جبراً، والفسخ لا يثبت بإقراره ولا بنكوله بل بقضاء القاضي فينفذ قضاؤه في حق الكافة فكان له أن يرده على بائعه، لأنه لما فسخ العقد بينهما عاد إليه قديم ملكه فصار كأنه لم يخرجه عن ملكه، **وهذا** بخلاف الوكيل بالبيع إذا رد عليه بالعيب بقضاء القاضي **حيث يكون راداً على الموكل**، لأن البيع فيه واحد وقد فسخ والموجود هنا بيعان فبفسخ أحدهما لا ينفسخ الآخر، فإذا عاد قديم ملكه كان له أن يرده لظهور الفسخ في حق الكافة على ما بينا، ولا يقال: لو كان القضاء فسخاً في حق الكافة لبطل حق الشفيع به في الشفعة ولكان لأبي البائع أن يدعي ولد المبيعة المولود عند المشتري قبل الفسخ أو بعده فيما إذا كان المبيع جارية حبلى، ولبطلت الحوالة بثمنه على المشتري لارتفاع العقد من الأصل فكأنه لم يبع لأنا نقول: حكم الفسخ يظهر فيما يستقبل لا فيما مضى، وهذه الأحكام وهي ثبوت حق الشفعة وسقوط دعوى الأب وبراءة ذمة المحيل كانت ثابتة قبل الفسخ بالبيع أو بالحوالة فلا تسقط بالفسخ، ألا ترى أن الواهب إذا رجع في الهبة كان فسخاً في حق ما يستقبل من الأحكام لا في حق ما مضى **حتى لا يجب / على الواهب زكاة ما مضى من السنين**، وقال [١٣٥ب/٢] شيخ الإسلام قول القائل: بأن الرد بالقضاء فسخ للعقد، وجعل له كأنه لم يكن متناقض لأن العقد إذا جعل كأنه لم يكن جعل الفسخ أيضاً كأن لم يكن، لأن فسخ العقد بدون العقد لا يكون، فإذا انعدم العقد من الأصل انعدم الفسخ من الأصل، فإذا

كونه بيعاً في حق ثالث اهـ فتح. **قوله**: (**وهذا**) أي المذكور في أول المقالة اهـ **قوله**: (**حيث يكون رداً على الموكل**) هذا إذا كان القضاء بالبينة أو بالنكول، وإن كان الرد بقضاء بإقرار الوكيل وكان عيباً يحدث مثله يلزم الوكيل لكن يبقى له حق الخصومة مع موكله حتى لو أقام بينة أن العيب كان عند موكله أو عند بائعه كان له الرد على الموكل وتمامه في الولوالجي اهـ **قوله**: (**حتى لا يجب على الواهب زكاة ما مضى من السنين**) أي ولا يجعل الموهوب عائداً إلى قديم ملك الواهب في حق زكاة ما مضى، وكذا الرجل إذا وهب دار الآخر وسلمها إليه ثم بيعت دار بجنبها ثم رجع الواهب فيها لم يكن للواهب أن يأخذها بالشفعة، ولو عاد الموهوب إلى قديم ملك الواهب وجعل كأن الدار لم تزل عن ملك الواهب كان له الأخذ بالشفعة، وإذا عرف هذا الأصل خرجت المسائل المذكورة عليه، أما الشفعة فلأن حق الشفيع كان ثابتاً قبل الرد وحكم الرد يظهر فيما يستقبل لا فيما مضى وكذا المسألة الثانية، لأن الأب إنما تصح دعواه باعتبار ولاية كانت له زمان العلوق وهو معنى سابق على الرد وقد بطل قبل الرد فلا يظهر حكم الرد فيها بل يبقى ما كان من عدم ولاية هذه الدعوة، وكذا المسألة الثالثة لأن الحوالة كانت ثابتة قبل الرد فلا يظهر حكم الرد

انعدم الفسخ عاد العقد لانعدام ما ينافيه فيمكن في هذه الدعوى دور وتناقض من هذا الوجه ولكن يقال: يجعل العقد كأن لم يكن في حق المستقبل دون الماضي.

قال رحمه الله: (ولو قبض المشتري المبيع وادَّعى عيباً لم يجبر على دفع الثمن ولكن يبرهن أو يحلف بائعه) أي لم يجبر المشتري على دفع الثمن بعد دعوى العيب لاحتمال أن يكون صادقاً فيه فلا يجب عليه دفع الثمن، لأنه لو أجبر وأخذ منه الثمن فربما يثبت المشتري العيب فيسترد من البائع فيكون اشتغالاً بما لا يفيد، وفيه نقض القضاء **فلا يصار إليه حتى يتبين حاله**، ولأن المشتري منكر وجوب دفع الثمن عليه حيث أنكر تعين حقه بدعوى العيب، وكان وجوب دفع الثمن أولاً **ليتعين حق البائع فيه** بإزاء **تعين حق المشتري في المبيع**، وقوله: ولكن يبرهن أي يقيم البينة لإثبات العيب وكيفية إثباته أن يقيم البينة أولاً أن العيب الذي يدعيه وجد بالمبيع عنده أي عند المشتري، لأنه إذا لم يوجد العيب عنده ليس له أن يرده بالعيب، وإن كان به عند البائع لاحتمال أنه زال فإذا أقام البينة أنه وجد فيه عنده يحتاج إلى إقامة البينة على أن هذا العيب كان به عند البائع **لاحتمال أنه حدث عنده** فلا يستحق عليه الرد، فإذا ثبت أنه كان فيه عند البائع فسخ العقد بينهما لثبوته في الحالين عنده وعند البائع، وصورة التحليف أن يحالف البائع أن هذا العيب لم يكن فيه عندي، وذلك بعد إقامة المشتري البينة أنه وجد فيه عنده أي عند المشتري لأن البائع لا ينتصب خصماً حتى يقيم المشتري على قيام العيب في الحال على ما بينا، ولو لم يكن للمشتري بينة على وجود العيب عنده وقيامه في الحال هل يحلفه المشتري **فعلى قول أبي يوسف ومحمد يحلفه**، لأنه لو أقر به لزمه فإذا أنكره يحلف، ولأن الدعوى معتبرة حتى يترتب عليها البينة، فكذا التحليف عند العجز عنها فإذا حلف برئ، وإن

في إبطالها، ولأن صحتها لا تستدعي عندنا ديناً على المحال عليه اهـ فتح. **قوله: (فلا يصار إليه حتى يتبين حاله)** قال الإتقاني: فلأجل هذا يؤمر المشتري بإقامة البينة أو يستحلف البائع حتى يظهر وجه الحكم فإن استبان وجه الحكم بأن قامت البينة أو حلف البائع فنكل رُدَّ المبيع وإلا أجبر المشتري على نقد الثمن اهـ **قوله: (ليتعين حق البائع فيه)** قال الإتقاني: لأن دفع الثمن إنما يتعين على المشتري إذا تعين المبيع اهـ **قوله: (تعين حق المشتري في المبيع)** أي ولم يتعين المبيع لأن حق المشتري في التسليم لا في المبيع اهـ إتقاني. **قوله: (لاحتمال أنه حدث عنده)** أي إن أنكر البائع أن العيب كان موجوداً عنده اهـ **قوله: (فعلى قول أبي يوسف ومحمد يحلفه)** أي على العلم لأنها يمين على غير فعله اهـ أقطع. وكتب ما نصه قال الإتقاني رحمه الله: ثم اعلم أن المشتري لا يثبت له حق الرد بهذه العيوب ما لم يثبت حصولها عنده فبعد ذلك لا يخلو من أحد الأمرين، إما أن يقر البائع بحصولها عند

نكل ثبت قيام العيب للحال **ثم يحلف ثانياً على أن هذا العيب** لم يكن فيه عنده، فإن حلف برئ وإن نكل فسخ القاضي العقد بينهما لثبوت العيب في الحالين على ما بيناه في البينة، واختلف المشايخ على قول أبي حنيفة، فقال بعضهم: يحلف لما ذكرنا، وقال بعضهم: لا يحلف وهو الأصح لأن الحلف يترتب على دعوى صحيحة ولا تصح الدعوى إلا من خصم، ولا يصير خصماً فيه إلا بعد قيام العيب عنده **ولا يلزم من ترتب البينة ترتب اليمين** كما في الحدود والأشياء الستة، وهذا لأن البينة للإلزام فلا يشترط فيها تقدم الدعوى واليمين لقطع الخصومة فلا بد من الدعوى الصحيحة، وذلك لقيام العيب فيه لأن التحليف شرع لدفع الخصومة المتحققة لا لإنشائها، ولو حلف البائع هنا لا تنقطع الخصومة بينهما بل تنشأ لأنه إذا نكل ثبت قيام العيب به في الحال ثم تنشأ خصومة أخرى **فيحلف ثانياً على أنه لم يكن عنده** على ما بينا، ويرد على هذا مسألة الشفعة وهي أن الشفيع إذا تقدم إلى القاضي يطلب الشفعة فإن القاضي يسأل المدعى عليه عن التي يشفع بها فإن أقر بأنها ملكه صار خصماً، فيسأله هل ابتاع أم لا فإن لم يقر ولم يكن للشفيع بينة أنها ملكه استحلف المشتري ما يعلم أنها ملكه، فإن نكل/ ثبت أنها ملكه ثم تنشأ خصومة أخرى فإن [١٣٦/١/٢] القاضي يسأله هل ابتاع أم لا وهذا تحليف لإنشاء الخصومة ذكره القدوري ولم يحك فيه خلافاً.

قال: (**وإن قال: شهودي بالشام دفع إن حلف بائعه**) أي إذا قال المشتري: شهود بالشام **استحلف البائع** فإن حلف دفع إليه الثمن **لأن في الانتظار ضرراً بالبائع**، وليس في

المشتري أو ينكر، فإن أقر يثبت حق الرد للمشتري، وإن أنكر يقال للمشتري: أثبت أوّلاً أن هذا العيب حصل عندك فإن أثبته بالبينة فقد ثبت له حق الرد لكون البينة حجة، وإن لم يكن للمشتري بينة وأراد تحليف البائع فله تحليفه على العلم عند أبي يوسف ومحمد، لأنه تحليف على فعل الغير فيحلف البائع بالله ما تعلم أن هذا العبد جن عند المشتري ولا أبق ولا سرق ولا بال علي فراش كذا ذكر في الجامع الكبير قولهما ولم يذكر قول أبي حنيفة اهـ **قوله: (ثم يحلف ثانياً على أن هذا العيب إلخ)** فيه ترك النظر للمشتري بل يحلف أنه لم يكن به قط كما ذكره الشارح بعد ذلك في دعوى الإباق هنا اهـ **قوله: (ولا يلزم من ترتيب البينة ترتيب اليمين)** قال الإتقاني رحمه الله: ويحلف بالله لقد سلمته إليه بحكم البيع وما به هذا العيب اهـ **قوله: (فيحلف ثانياً على أنه لم يكن عنده)** أي إن أنكر قيام العيب قبل البيع اهـ **قوله في المتن: (وإن قال: شهودي بالشام)** أي مثلاً فأمهلني حتى أحضرهم أو آتيك بكتاب حكمي من قاضي الشام لايسمع ذلك بل يستحلف البائع ويقضي بدفع الثمن إن حلف اهـ فتح. **قوله: (استحلف البائع)** فيه إيهام إذ لم يذكر على أي شيء يستحلفه أعلى

دفع الثمن إليه كبير ضرر على المشتري لأنه على حجته متى أقام عليه البينة رد عليه المبيع وأخذ منه الثمن، **وإن نكل البائع لزم العيب، لأنه حجة فيه** بخلاف الحدود حيث لا يكون النكول حجة فيها، ولهذا لم يحلف فيها وكيفية التحليف مابيناه.

قال رحمه الله: (فإن ادَّعى إباقاً لم يحلف بائعه حتى يبرهن المشتري أنه أبق عنده، فإن برهن حلف بالله ما أبق عندك قط) أي إذا ادَّعى المشتري أن العبد الذي اشتراه أبق فأنكر البائع وأراد المشتري تحليفه لا يحلف البائع حتى يقيم المشتري بينة أنه أبق عند نفسه، فإن أقام البينة حلف لما ذكرنا أن البائع لم ينتصب خصماً حتى يثبت المشتري أن العيب وجد فيه عند المشتري، وهذا قول أبي حنيفة **وعندهما يحلف** وقد بيناه آنفاً، وقوله: ما أبق عندك قط فيه ترك النظر للمشتري، والأحوط أن يحلف باللّه ما أبق قط أو باللّه ما يستحق عليك الرد من الوجه الذي ذكره أو باللّه لقد سلمه وما به هذا العيب لأنه يحتمل أنه باعه، وقد كان أبق عند غيره وبه يرد عليه وفيما ذكره ذهول عنه، ولو كان الدعوى في إباق العبد الكبير يحلف باللّه ما أبق منذ بلغ مبلغ الرجال لأن الإباق في الصغير يزول بالبلوغ فلا يوجب الرد على ما بيناه من قبل، ولا يحلفه باللّه لقد باعه وما به هذا العيب لأنه قد يحدث بعد البيع قبل التسليم وهو يوجب الرد، وكذا لا يحلفه باللّه لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب **لأنه يوهم تعلقه بالشرطين** فيتأوّله في اليمين عند قيامه في إحدى الحالتين وهي حالة التسليم، **وإنما كان التحليف على البتات هنا** وإن كان التحليف على فعل الغير على العلم، لأن البائع يدعي تسليمه سليماً فيكون مدعياً للعلم به فيحلف على ما يدعي، ألا ترى أن المودع لو قال: إن المودع قبض الوديعة يحلف على البتات

عدم علمه بقيام العيب عند المشتري أو على عدم قيامه عنده أو عليهما، والظاهر أنه على الأوّل لكنه على قولهما اهـ كذا نقلته من خط شيخنا الشمس الغزي رحمه اللّه. **قوله: (لأن في الانتظار ضرراً بالبائع)** أي لأنه خرج ملكه عنه ولم يصل عوضه إليه اهـ إتقاني. **قوله: (وإن نكل البائع لزم البيع)** قال الإتقاني: وإن نكل البائع عن اليمين لزمه حكم العيب لأن النكول حجة في المال لأنه بدل أو إقرار فيصحان جميعاً فيه اهـ **قوله: (لأنه حجة فيه)** أي في ثبوت العيب اهـ **قوله: (وعندهما يحلف)** أي وإن لم يقم المشتري بينة اهـ **قوله: (لأنه يوهم تعلقه بالشرطين)** أي فيكون غرض البائع من هذا اليمين عدم وجود العيب في الحالين جميعاً اهـ كي. فإذا وجد في حالة كان باراً، لأن المعلق بالشرطين إنما ينزل عند وجودهما اهـ **قوله: (وإنما كان التحليف على البتات هنا)** قال الإتقاني رحمه اللّه: وإن لم يكن للمشتري بينة على وجود العيب عند البائع يحلف البائع على البتات، وهذه اليمين تسمى يمين الرد وذلك لأنه معنى لو أقر به لزمه ويحلف على البتات، لأنه تحليف على فعل نفسه وهو

لادعائه العلم بذلك، وإن كان القبض فعل غيره وكذا الوكيل لو ادَّعى أن الموكل قبض الثمن يحلف على البتات لما قلنا، وإنما يحلف على العلم أن لو ادعى أنه لا علم له به، وهذا في العيوب التي لا تظهر للقاضي ولا يعرف أهي حادثة عند المشتري أم لا، وأما العيوب التي لا يحدث مثلها كالإصبع الزائدة أو الناقصة فإن القاضي يقضي بالرد من غير تحليف لتيقنه بوجوده عند البائع إلا إذا ادَّعى البائع رضا المشتري به، **وأثبته بطريقه** فحاصله أن العيوب أنواع أحدها أن يكون ظاهراً للحاكم فحكمه ما ذكرنا، و الثاني ما لا يعرفه إلا الأطباء كوجع الكبد والطحال فمعرفته إذا أنكر البائع بقول الأطباء فيقبل في قيام العيب للحال، وتوجه الخصومة قول واحد منهم عدل لا بد من عدلين لإثباته عند البائع فيرد عليه إذا لم يدع الرضا به، والثالث: عيب لا يعرفه إلا النساء كالرتق **والعفل** فيقبل في قيامه للحال قول امرأة واحدة ثقة ثم إن كان بعد القبض لا يرد بقولهن بل لا بد من تحليف البائع، وإن كان قبله فكذلك عند محمد، وعند وأبي يوسف يردّ بقولهن من غير يمين البائع، والرابع: عيوب غير ظاهرة/ للقاضي **ولا يختص بمعرفتها الأطباء ولا النساء كالإباق** ونحوه فحكمها ما ذكرناه. [١٣٦ ب/٢]

قال: (والقول في القدر المقبوض للقابض) لأنه هو المنكر حتى إذا رد المشتري بعيب جارية أو عبداً بعد القبض فقال البائع: كنت بعتك معه غيره وقال المشتري: بعتنيه وحده فالقول قول المشتري، لأن القول للقابض أميناً كان أو ضميناً **كالغاصب والمودع**، **ولأن البائع يدعي بقاء بعض الثمن في ذمته** وهو حصة الآخر والمشتري ينكره فالقول قول المنكر مع يمينه، **وكذا لو اتفقا على مقدار المبيع واختلفا في المقبوض** لما بينا.

تسليمه صحيحاً، فإن حلف برئ وإن نكل رد عليه بالعيب اهـ **قوله**: (**وأثبته بطريقة**) أي ببينة يقيمها أو بنكول المشتري اهـ **قوله**: (**والعفل**) العفل شيء مدوّر يخرج بالفرج ولا يكون في الأبكار، وإنما يصيب المرأة بعدما تلد اهـ مغرب. **قوله**: (**ولا يختص بمعرفتها الأطباء ولا النساء كالإباق**) قال الإتقاني: وضع المسألة في الإباق والحكم في جميع العيوب التي لا تشاهد عند الخصومة، كذلك نحو السرقة والبول على الفراش والجنون إلا أن المعاودة في يد المشتري شرط في العيوب الثلاثة والحالة واحدة اهـ **قوله**: (**كالغاصب والمودع**) أي لأنه أعرف بما قصد، ألا ترى أن الغاصب لو أنكر الزيادة في المقبوض كان القول قوله: وكذا المودع إذا أنكر الزيادة اهـ إتقاني. **قوله**: (**ولأن البائع يدعي بقاء بعض الثمن في ذمته إلخ**) لا يظهر وجه هذا الدليل الثاني إذ لا يصح إلا فيما إذا كان الاختلاف قبل قبض الثمن، أما إذا كان بعده انعكس الأمر اهـ **قوله**: (**وكذا لو اتفقا على مقدار المبيع واختلفا في

قال: (ولو اشترى عبدين صفقة فقبض أحدهما ووجد بأحدهما عيباً أخذهما أو ردهما) يعني ليس له أن يأخذ السليم ويرد المعيب بل يأخذهما أو يردهما، لأن في أخذ أحدهما تفريق الصفقة قبل التمام لأن الصفقة تتم بقبضهما والتفريق في القبض كالتفريق في القبول، لأن القبض له شبه بالعقد لكونه مفيداً ملك التصرف ومؤكداً لملك الرقبة، وعن أبي يوسف أنه إذا وجد العيب بالمقبوض له أن يرده وحده، لأن الصفقة تمت فيه لتناهيها في حقه قلنا: تمام الصفقة تعلق بقبض المبيع وهو اسم لكله فلا يقبل التجزئ في الإتمام، ألا ترى أن حبس المبيع لما تعلق بطلانه بقبض الثمن لا يسقط إلا بقبض كله ويبقى ببقاء جزئه، فكذا تمام الصفقة لما تعلق بقبض المبيع لا يتم ببقاء جزء منه، إذ هي لا تقبل التجزئ في هذا المعنى.

قال: (ولو قبضهما ثم وجد بأحدهما عيباً رد المعيب وحده) وقال زفر: ليس له أن يرده وحده لأن فيه تفريق الصفقة ويتضرر البائع به لأن العادة جرت بضم الجيد إلى الرديء فأشبه ما قبل القبض، وخيار الشرط والرؤية ولنا أنه تفريق الصفقة بعد التمام لأن الصفقة تتم بالقبض، لأن العيب لا يمنع تمام الصفقة فيكون الفسخ بعده ابتداء في ملك المشتري من كل وجه فلا يمتنع التفريق فيقتصر على ما وجد فيه علة الرد، ألا ترى أنه لو استحق أحدهما بعد القبض لم يتخير في الباقي لتمامه بالقبض، وإن استحق قبله كان له ذلك كيلا يتفرق عليه الصفقة قبل التمام بخلاف خيار الشرط والرؤية، لأن الصفقة لا تتم معهما وإن كان بعد القبض لعدم تمام الرضا وتضرر البائع من قبل تدليسه، فلا يعتبر في حق المشتري كذا ذكر خلاف زفر في المبسوط وغيره، وذكر في المختلف أن له أن يفرق قبل القبض إذا وجد بأحدهما العيب عند زفر كما لو وجد به عيباً بعد القبض فإنه يرده خاصة، فكذا قبله وهذا مشكل وفيه تفاوت كبير، **فإنه** إذا امتنع التفريق بعد القبض، وقد تم العقد فيه كان قبله أولى لأن الصفقة لم تتم هذا إذا كان كل واحد منهما يمكن الانتفاع به على الانفراد، **وإن كان لا ينتفع بأحدهما دون الآخر كزوجي الخف** ومصراعي الباب ليس له أن

المقبوض) أي كان القول قول المشتري أيضاً لما قلنا، كما إذا اشترى عبدين أو جاريتين واتفقا على مقدار المبيع ولكن اختلفا في المقبوض، فقال المشتري: قبضت أحدهما لا غير وقال البائع: قبضهما جميعاً اهـ إتقاني. **قوله: (فإنه)** أي لم يقل: أحد أن الإمام زفر رحمه الله يجيز ردّ أحدهما قبل القبض ويمنعه بعد القبض، وإنما اختلفت الرواية عنه، ففي المبسوط أن زفر لا يجيز ردّ أحدهما لا قبل القبض ولا بعده وعليه مشى في الهداية وهذا الشارح أيضاً في أوّل كلامه آنفاً وفي مختلف الرواية أن زفر يجيز رد أحدهما قبل القبض وبعده وعليه مشى في المنظومة ومجمع البحرين، فحينئذ لا إشكال لاحتمال أن

يرد أحدهما دون الآخر وإن كان بعد القبض بالإجماع، وعلى هذا لو اشترى زوجي ثور فوجد بأحدهما عيباً بعد القبض، فإن كان ألف أحدهما الآخر بحيث لا يعمل بدونه لا يملك رد المعيب وحده.

قال: (ولو وجد ببعض الكيلي أو الوزني عيباً رده كله أو أخذه) يعني إذا كان من نوعٍ واحد لأن المكيل والموزون إذا كان من جنس واحد كشيء واحد حكماً/ [١٣٧/١/٢] وتقديراً، وإن كان أشياء حقيقة لأن المالية والتقوم في المكيلات والموزونات باعتبار الاجتماع والانضمام **إذ الحبة الواحدة ليست بمتقومة حتى لا يجوز بيعها**، فإذا كانت المالية باعتبار الاجتماع صار الكل في حق البيع كشيء واحد ولهذا يسمى باسم واحد وهو الكر ونحوه، وكذا جعل رؤية بعضه كرؤية كله كالثوب الواحد فإذا كان كالشيء الواحد ليس له أن يأخذ البعض سواء كان قبل القبض أو بعده كالثوب الواحد إذا وجد ببعضه عيباً، بخلاف العبدين على ما بينا ولا فرق بين ما إذا كان في وعاء واحد أو وعاءين، وقيل: إذا كان في وعاءين يكون بمنزلة عبدين حتى يرد الوعاء الذي وجد فيه العيب وحده.

قال: (ولو استحق بعضه لم يخير في رد ما بقي ولو ثوباً خير) يعني لو استحق بعض المكيل أو الموزون لم يخير في رد الباقي، ولو استحق بعض الثوب خير في رد ما بقي لأن الشركة في المكيل والموزون لا تعد عيباً، لأن التبعيض لا يضرهما والاستحقاق لا يمنع تمام الصفقة لأن العقد حق العاقد وتمامه برضا العاقد لا برضا المالك، بخلاف الثوب حيث يثبت له الخيار فيما إذا استحق بعضه لأن التشقيص فيه عيب، وقد كان وقت البيع فيرده وهذا إذا كان بعد القبض، وأما إذا استحق بعض المكيل أو الموزون قبل القبض فله أن يرد ما بقي لتفريق الصفقة على المشتري قبل التمام.

قال: (واللبس والركوب والمداواة رضاً بالعيب) لأنه دليل استبقائه وإمساكه، وكذا الإجارة والرهن والكتابة والعرض على البيع والسكنى بخلاف خيار الشرط، فإن اللبس ونحوه ليس دليل اختياره الملك فيه فإن الاختيار هناك شرع للاختبار، واللبس والركوب مرة يحتاج إليه للاختبار، فلو جعل اختياراً للإجازة لفات فائدة خيار الشرط، وأما خيار العيب فلم يشرع للاختبار، وإنما شرع للرد ليصل إلى رأس ماله

يكون عنه روايتان والله الموفق **قوله: (وإن كان لاينتفع بأحدهما دون الآخر كزوجي الخف إلخ)** تقول: اشتريت زوجي حمام وأنت تعني ذكراً أو أنثى وعندي زوجا نعال، وقال تعالى: ﴿من كل زوجين اثنين﴾ [هود: ٤٠] اهـ صحاح. **قوله: (إذ الحبة الواحدة ليست بمتقوّمة حتى لا يجوز بيعها)** أدنى القيمة التي يشترط لجواز البيع فلس ولو كانت كسرة خبز لا

عند العجز عن الوصول إلى الجزء الفائت، فإذا تصرف فيه تصرفاً لا يحل بلا ملك جعل ممسكاً لوجود دليل الإمساك والرضا.

قال: (لا الركوب للسقي أو للرد أو **لشراء العلف**) أي لا يكون الركوب لسقيها الماء أو ليردها على البائع أو ليشتري لها العلف رضاً بالعيب وهذا استحسان لأنه محتاج إليه، وقد لا تنقاد ولا تنساق فلا يكون دليل الرضا إلا إذا ركبها في حاجة نفسه وقيل: تأويله إذا لم يكن له بد من الركوب بأن كان العلف في عدل واحد أو لا تنساق ولا تنقاد، وقيل: الركوب للرد لا يكون رضاً كيفما كان لأنه سبب الرد ولغيره يكون رضاً إلا عن ضرورة.

قال: (ولو قطع المقبوض بسبب عند البائع رده **واسترد الثمن**) **معناه لو اشترى عبداً قد سرق ولم يعلم بها** فقطع عند المشتري له أن يرده ويأخذ الثمن وهذا عند أبي حنيفة، وقالا: ليس له أن يرده لحدوث العيب عنده وهو القطع غاية الأمر أنه قطع بسبب كان عنده، لكن القطع غير الوجوب فكان بمنزلة عيب حادث عند المشتري فتعذر الرد وتعين الرجوع بالنقصان **كما لو اشترى جارية حبلى** فماتت في يد المشتري بالولادة فإنه يرجع بالنقصان فكذا هذا، وهذا لأن الموجود في يد البائع سبب القطع وأنه لا ينافي المالية فينفذ البيع فيه لكنه متعيب وقد حدث فيه عند المشتري عيب **فيرجع بنقصانه** وهو ما بين قيمته سارقاً إلى غير سارق **بأن يقوم سارقاً** وغير سارق فيرجع بفضل ما بينهما من الثمن، وعلى هذا الخلاف إذا قتل/ بسبب كان وجد في يد البائع [١٣٧ب/٢]

يجوز اهـ قنية. **قوله في المتن: (أو لشراء العلف)** الألف واللام بدل المضاف إليه أي لشراء علفها، أما الركوب لشراء علف غيرها لا يكون رضاً اهـ **قوله في المتن: (واسترد الثمن)** أي وإن شاء أمسكه ورجع بنقصان الثمن كما سيأتي في الشرح وكان ذكره هنا أولى اهـ **قوله: (معناه لو اشترى عبداً قد سرق ولم يعلم بها)** هذا يستقيم على قولهما لما أنه عندهما يجري مجرى العيب، فإذا كان عالماً لا يرجع على البائع بشيء، وقد قيل: إنه في قول أبي حنيفة كذلك، لأن كونه مباح الدم أو كونه مستحق القطع عيب لا محالة لكنه أجري مجرى الاستحقاق ولا منافاة بين الاستحقاق والعيب والعلم بالعيب وقت الشراء أو وقت القبض يمنع الرجوع، وقال فخر الإسلام في شرح الجامع الصغير[١]: والصحيح أن العلم والجهل سواء، لأنه من قبل الاستحقاق والعلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع اهـ **قوله: (كما لو اشترى جارية حبلى)** أي وقد دلس البائع الحمل اهـ غاية. **قوله: (فيرجع بنقصانه)** وهو ما بين قيمته سارقاً إلى غير سارق هكذا في أصل محمد بن الحسن، وصرح العتابي أنه يرجع بنقصان عيب السرقة لا بنقصان القطع وتعليله مبسوط في الغاية اهـ **قوله: (بأن يقوم سارقاً)** أي

---

(١) هو لفخر الإسلام علي بن محمد البزدوي. انظر كشف الظنون (١/ ٥٦٣).

من قتل نفس أو قطع [طريق][١] أو ردة لأن وجوبه لا ينافي المالية ولهذا يقع البيع صحيحاً، ولو مات في يد المشتري يتقرر الثمن عليه، ولو تصرف فيه نفذ تصرفه لأبي حنيفة رحمه اللّه أن سبب الوجوب وجد في يد البائع والوجوب يفضي إلي الوجود فيكون الوجود مضافاً إلى السبب السابق **فصار كما إذا قتل المغصوب بعد الرد بجناية** وجدت في يد الغاصب، وروى ابن المنذر عن أبي حنيفة رحمه اللّه أنه لو اشترى جارية حبلى فولدت عند المشتري وماتت من الولادة يرجع بجميع الثمن ولم يحك فيه خلافاً فلنا أن نمنع، **ولئن سلم** فالسبب الذي كان عند البائع يوجب انفصال الولد لا موت الأم إذ الغالب في الولادة السلامة ولو مات بسبب القطع عند المشتري يرجع بنصف الثمن لان اليد من الآدمي نصفه فيجب عليه من بدله بحسابه لأنها هي المستحقة بالسرقة، والنفس غير مستحقة في يد البائع، ألا ترى أنها تحسم ولا تقطع في البرد الشديد ولا في الحر الشديد توقياً عن الهلاك فقبض المشتري لا ينتقض في النصف، وإن سرى إلى النفس بخلاف ما إذا قتل عبده بسبب يوجب القتل عند البائع، لأن النفس صارت مستحقة في يد البائع فينتقض به قبض المشتري ويرجع بالثمن، ولو اختار المشتري أن يمسك العبد رجع بنصف الثمن لأن القطع بسبب كان عند البائع كالاستحقاق فلا يمنع الرجوع بالثمن عند اختيار الآخذ بخلاف العيب على ما بيناه، ولو مات بعد القطع حتف أنفه يجب أن يرجع بنصف الثمن عنده لأنه كالاستحقاق على ما بينا، ولو سرق عند البائع ثم عند المشتري فقطع بهما يرجع بالنقصان عندهما على الوجه الذي بينا، وعنده لا يرده بغير رضا البائع للعيب الحادث عنده ولكن يرجع بربع الثمن، لأن اليد قطعت بهما فيرجع بقدر ما فات بسبب ما كان في يد البائع، وإن رضي البائع بأخذه يرجع بثلاثة أرباع الثمن ويسقط الربع لأنه فات بسبب كان في يد المشتري، ولا يرجع به على أحد ولو تداولته الأيدي فقطع عند الأخير أو قتل يرجع الباعة بعضهم على بعض عند أبي حنيفة، وعندهما يرجع الأخير على بائعه بالنقصان، ثم هو لا يرجع على بائعه وأصل الخلاف أن القطع أو القتل بسبب كان في يد البائع استحقاق عنده، وفيه يرجع الباعة بعضهم على بعض حتى ينتهي إلى الأوّل، وعندهما عيب فيرجع من لم يفوّت الرد بالبيع وهو الأخير على بائعه ثم هو لا يرجع على بائعه لأنه فوّت الرد بالبيع قبل امتناع

واجب القطع وغير واجبه فيرجع بما بينهما اهـ فرشتا ومصفى. **قوله: (فصار كما إذا قتل المغصوب بعد الردّ بخيانة إلخ)** فإن الغاصب يضمن قيمته كما لو قتل في يد الغاصب اهـ

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من المطبوع.

الرد برضاه وثمرة الخلاف تظهر في هذا، وفيما إذا اشتراه وهو عالم بوجوب القتل أو القطع فإنه لا يبطل حقه عنده، لأن العلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع وعندهما يبطل حقه لأن العلم بالعيب رضاً به، وفيما إذا أعتقه المشتري ثم قتل أو قطعت يده به **فإنه لا يرجع عنده بشيء لعدم فوات المالية به** وعندهما يرجع بالنقصان على ما بيناه من قبل، ولا يقال: ينتقض قول أبي حنيفة بما إذا اشترى عبداً مريضاً ومات عنده، وبما إذا قطع عند البائع ثم باعه ومات عند المشتري به، وبما إذا زنى عند البائع ثم باعه وجلد عند المشتري فمات به حيث لا يرجع في هذه المواضع إلا بالنقصان عنده مثل قولهما، وإن مات بسبب كان عند البائع لأنا نقول: المريض والمقطوع عند البائع ماتا بزيادة الآلام وترادفها عند المشتري وهي لم توجد عند البائع، وزنا العبد يوجب الجلد والقتل غيره فلا يؤاخذ البائع بما لم يكن عنده / بخلاف ما تقدم. [١٣٨/١ ٢]

قال: (ولو برئ من كل عيب صح وإن لم يسم الكل ولا يرد بعيب) وقال الشافعي رحمه الله: لا يصح إلا أن يعد العيوب وفي جواز البيع بهذا الشرط له قولان، وعدم صحة البراءة من كل عيب عنده بناء على أن الإبراء من الحقوق المجهولة لا يصح عنده، لأن في الإبراء معنى التمليك حتى يرتد بالرد ولا يصح تعليقه بالشروط، وتمليك المجهول لا يصح كبيعه ونحن نقول: هذه الجهالة لا تفضي إلى المنازعة فلا تمنع الصحة، وكان ابن أبي ليلى يقول: لا تصح البراءة من العيب مع التسمية ما لم يره المشتري، وقد جرت بينه وبين أبي حنيفة في مجلس أبي جعفر الداونيقي مناظرة، فقال له أبو حنيفة: ألا ترى أنه لو باع جارية في موضع المأتي منها عيب أو غلاماً في ذكره عيب أكان يجب على البائع أن يُري المشتري ذلك الموضع منها أو منه، ولم يزل يعمل به هكذا حتى أفحمه وضحك الخليفة، وقال محمد رحمه الله: لا يدخل فيه العيب الحادث قبل القبض وهو قول زفر: لأن البراءة تتناول الثابت قلنا: الغرض فيه إلزام العقد بإسقاطه حقه عن صفة السلامة، وذلك بالبراءة عن الموجود والحادث وهذا لأنه [لا][1] حق له قبل البائع وقت البيع ليملكه أو ليبرئه، بل هذا بيان لاتحاد العقد على وجه لا يوجب استحقاق السلامة والعقد قابل لذلك كما لو اشترى معيباً وهو يعلمه وهذا بناء على أنه لو باعه بشرط

قوله: (ولئن سلم إلخ) إنها وفاقية في الرجوع بالنقصان فقط اهـ **قوله: (فإنه لا يرجع عنده بشيء لعدم فوات المالية به)** قال في الذخيرة: لأن بالإعتاق فات ملك المشتري فلا يتصوّر انتقاضه بالقتل والقطع اهـ

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من المطبوع.

البراءة من كل عيب يحدث به بعد البيع قبل القبض لا يصح عند محمد رحمه الله، لأنه قبل وجود سببه كالإبراء عن كل حق قبله فإنه يدخل فيه الحق القائم لا غير، وعند أبي يوسف يصح لأن غرضهم إيجاد العقد على وجه لا يستحق فيه سلامة المبيع عن العيب، فلو شرط البراءة من كل عيب به لم ينصرف إلى الحادث في قولهم جميعاً لأنه خص الموجود وقت العقد بالبراءة.

باب البيع الفاسد

البيع على أربعة أقسام صحيح وهو المشروع بأصله ووصفه ويفيد الحكم

باب البيع الفاسد

لما فرغ عن بيان البيع الصحيح بنوعيه اللازم وغير اللازم شرع في بيان البيع الفاسد، لأن الصحيح هو الأصل لكونه مشروعاً ذاتاً وصفة، قال الشيخ أبو الحسن الكرخي في مختصره: جملة ما يفسد به البيع أن يكون المبيع مجهولاً أو ثمنه أو يكون محرماً أو ثمنه أو يكون في المبيع حق لغير بائعه لا يجوز للبائع فسخه، أو أن يشترط فيه شرطاً فيه منفعة لأحد من الناس لا يوجبها العقد أو يكون المبيع مما تعذر تسليمه أو يكون في المبيع عرض، أو في ثمنه فالبيع فاسد في ذلك كله وكذلك بيع ما ليس عند الإنسان أو بيع ما يقبضه البائع، وكذلك أن يبيع ديناً في ذمة غير المشتري أو يشتري به من غير من هو في ذمته، وكذلك صفقتان في صفقة وشرطين في بيع، وكذلك بيع الأوصاف والأتباع من الحيوان وما لا يتبعض من غير الحيوان إلا بضرر، وإن تبعض من غير الحيوان بغير ضرر جاز بيعه، ولا يجوز أن يبيع بثمن ثم يشتريه بأقل مما باعه قبل أن يقبض الثمن إلى هنا لفظ الكرخي رحمه الله، والمراد من الجهالة في المبيع أو الثمن جهالة مفضية إلى المنازعة والمفضية إلى التسليم والتسلم بخلاف ما إذا لم يمتنع التسليم حيث يصح العقد كجهالة كيل الصبرة وعدد الثياب المعينة، وأما كون المبيع أو ثمنه محرماً فهو كالبيع بالخمر أو الخنزير أو بيعهما وسيجيء بيان ذلك، وأما كون المبيع حقاً لغير البائع فكالمرهون والمستأجر، وقد اختلفت الروايات في ذلك قال: في موضع فاسد وقال: في موضع موقوف فمن أصحابنا من جعل في المسألة روايتين، ومنهم من قال: بأن البيع موقوف، وقوله: فاسد معناه لا حكم له فكان فاسداً في حق الحكم وهذا هو الصحيح كذا في الإيضاح تفسير اشتراط المنفعة لأحد من الناس لا يوجبها العقد كاشتراط المنفعة للبائع، كما إذا قال: عليّ أن أهب لك أو أقرض لك، وكاشتراطها للمشتري نحو إن قال: اشتريت على أن تقرضني، وكاشتراطها للمعقود عليه كما إذا قال على أن تعتقه أو تدبره، وكاشتراطها لإنسان آخر نحو أن قال: أن تقرض فلاناً، والأصل فيه ما روي أن النبي ﷺ «نهى عن بيع

بنفسه إذا خلا عن الموانع، وباطل وهو غير مشروع أصلاً، وفاسد وهو مشروع بأصله دون وصفه وهو يفيد الحكم إذا اتصل به القبض، وموقوف وهو يفيد الحكم على سبيل التوقف وامتنع تمامه لأجل غيره وهو بيع ملك الغير.

وشرط »[١] أما إذا كان شرطاً يقتضيه العقد لا يفسد به العقد كاشتراط حبس المبيع، ومن جملة ما لا يقدر على تسليمه بيع الرهن على إحدى الراويتين وبيع الطير الذي طار من يده، وكذلك بيع الآبق وكذلك إذا تمكن الغرر في المبيع أو الثمن كبيع السمك في الماء فإن كان أخذه فألقاه في الماء فهو بيع الغرر لعجزه عن التسليم، وإن كان لم يأخذه فهو بيع ما ليس بمملوك، وكذا بيع ما ليس عند الإنسان لقوله عليه الصلاة السلام: « لا تبع ما ليس عندك »[٢] وكذا بيع مالم يقبضه البائع لورود النهي عن ذلك، وكذلك بيع الدين من غير من هو عليه لأنه عاجز عن تسليم ما في ذمة الغير ويجوز بيعه ممن هو عليه وهو كبيع المغصوب يصح من الغاصب، ولا يصح من غيره إذا كان الغاصب منكراً ولا بينة عليه لأن البائع عاجز عن التسليم، وكذلك الصفقتان في صفقة نحو إن قال: أبيعك هذا على أن تبيعني هذا لأنه نهى رسول اللّه ﷺ عن صفقتين في صفقة وعن بيعين في بيع وصورته أن يقول: بعتك هذا بقفيزين حنطة أو بقفيزين شعيراً وهذا بيعان في بيع واحد، وكذلك نهى رسول اللّه ﷺ عن شرطين في بيع كما إذا قال: أعطيتني الثمن حالاً فبكذا وإن كان مؤجلاً فبكذا، وكذلك بيع الأوصاف من الحيوان كبيع الألية من الشاة الحية لأنها حرام قبل الذبح وإيجاب الذبح، على البائع ضرر به، وكذا بيع الأتباع كبيع نتاج الفرس واللبن في الضرع للنهي عن بيع الحبلة وحبل الحبلة وفي اللبن غرر فيحتمل أنه انتفاخ، وكذا بيع ما لا يتبعض من غير الحيوان إلا بضرر كبيع ذراع من ثوب لأن الضرر منفي شرعاً، وإن لم يكن فيه ضرر جاز كبيع قفيز من صبرة وكبيع عشرة دراهم وشراء ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن فيه خلاف الشافعي وسيجيء بيانه، ثم اعلم أن مصنف القدوري رحمه اللّه لقب الباب بالفاسد وإن ابتدأ بالبيع الباطل بقوله: كالبيع بالميتة والدم، لأن الفاسد أعم من الباطل لأن كل باطل فاسد ولا ينعكس، وهذا لأن الباطل مضمحل الأصل والوصف جميعاً، والفاسد مضمحل الوصف دون الأصل كالجوهر إذا تغير واصفر يقال فسد، وإذا لم يبق صالحاً لشيء يقال: بطل قاله الإتقاني رحمه اللّه، قال الكمال رحمه اللّه: ثم وجه تقديم الصحيح على الفاسد أنه الموصل إلى تمام المقصود فإن المقصود سلامة الدين التي شرعت لها العقود ليندفع التغالب والوصول إلى الحاجة الدنيوية وكل منهما بالصحة، وأما الفاسد فعقد مخالف للدين ثم إذا أفاد الملك وهو مقصود في الجملة لكن لا يفيد تمامه إذ لم ينقطع به حق البائع من المبيع ولا المشتري من الثمن، إذ لكل منهما الفسخ

---

(١) أخرجه النسائي في البيوع (٤٦٢٩) بلفظ (وشرطينا).

(٢) تقدم تخريجه.

قال رحمه اللّه: (**لم يجز بيع [الميتة]**[(١)] والدم والخنزير والخمر والحر وأم الولد والمدبر والمكاتب) لعدم ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال وبيع هذه الأشياء باطل لما ذكرنا.

قال: (فلو هلك عند المشتري لم يضمن) لأن العقد في الباطل غير معتبر فبقي القبض بإذن المالك، وقيل: يضمن لأنه لا يكون أدنى حالاً من المقبوض على سوم الشراء وقيل: الأوّل قول أبي حنيفة، والثاني قولهما والأصل فيه أن بيع ما ليس بمال عند أحد كالحر والدم والميتة التي ماتت حتف أنفها والمدبر وأم الولد والمكاتب باطل، وإن كان مالاً عند البعض كالخمر والخنزير والميتة التي لم تمت حتف أنفها مثل الموقوذة، فإن هذه الأشياء مال عند أهل الذمة فإن بيعت بدين في

بل يجب عليه، ثم لفظ الفاسد في قوله: باب البيع الفاسد وفي قوله: إذا كان العوضان أو كلاهما محرماً فالبيع فاسد مستعمل في الأعم من الفاسد والباطل، فالشارحون على أن ذلك الفاسد أعم من الباطل لأن الفاسد غير المشروع بوصفه بل بأصله والباطل غير المشروع بواحد منهما، ولا شك أنه يصدق على غير المشروع بواحد منهما أنه غير مشروع بوصفه، وهذا يقتضي أنه يقال حقيقة على الباطل لكن الذي يقتضيه كلام الفقه والأصول أنه يباينه فإنهم قالوا: إن حكم الفاسد إفادة الملك بطريقه والباطل لا يفيد أصلاً فقابلوه به وأعطوه حكماً يباين حكمه وهو دليل تباينهما بتباينهما، وأيضاً فإنه مأخوذ في مفهومه أو لازم أنه مشروع بأصله لا وصفه، وفي الباطل غير مشروع بأصله فبينهما تباين فإن المشروع بأصله وغير المشروع متباينان فكيف يتصادفان اللهم إلا أن يكون لفظ الفاسد مشتركاً بين الأعم والأخص المشروع بأصله لا بوصفه في العرف، لكن نجعله مجازاً عرفياً في الأعم لأنه خير من الاشتراك وهو حقيقة فيه باعتبار المعنى اللغوي، ولهذا وجه بعضهم الأعمية بأنه يقال للحم إذا صار بحيث لا ينتفع به للدود والسوس: بطل اللحم وإذا أنتن وهو بحيث ينتفع به فسد اللحم فاعتبر معنى اللغة، ولذا أدخله بعضهم أيضاً في البيع الفاسد لشموله المكروه لأنه فائت وصف الكمال بسبب وصف مجاوره اهـ **قوله في المتن: (لم يجز بيع الميتة إلخ)** قال الإتقاني: فأما البيع بالميتة والدم باطل وكذلك بيع الحر وذلك لانعدام حقيقة البيع لأنها مبادلة المال بالمال على التراضي، وهذه الأشياء ليست بمال عند أحد ممن له دين سماوي فيبطل البيع، ولا يفيد الملك بخلاف البيع بالخمر والخنزير فإنه فاسد لا باطل ويفيد الملك إذا اتصل به القبض بإذن البائع صريحاً أو دلالة بأن يقبضه المشتري عقيب البيع ولا ينهاه البائع، وهذا لأن الخمر والخنزير مال متقوّم عند أهل الذمة ولكن الشرع أسقط التقوّم بدليل حل الإتلاف بلا ضمان، فمن حيث أنه مال صلح ثمناً،

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من المطبوع.

الذمة فهو باطل، وإن بيعت بعين فهو فاسد في حق ما يقابلها **حتى يملك** ويضمن بالقبض باطل في حق نفسها حتى لا تضمن، ولا تملك بالقبض لأنها غير متقوّمة لما أن الشرع أمر بإهانتها وفي تملكها بالعقد مقصوداً إعزاز لها فكان باطلاً، وذلك بأن يشتريها بدين في الذمة لأن الثمن من الدراهم والدنانير غير مقصودة، وإنما هي وسائل والمقصود تحصيلها فكان باطلاً إهانة لها وإن لم تكن مقصودة **بأن كانت ديناً في الذمة** كان فاسداً، لأن المقصود تحصيل ما يقابلها وفيه إعزاز له لا لها لأن الثمن تبع لما ذكرنا، والأصل هو المبيع، وكذا إذا/ كانت معينة وبيعت بعين مقايضة صار [١٣٨ ب/٢] فاسداً في حق ما يقابلها باطلاً في حقها، وجلد الميتة كالخمر فيما ذكره صاحب المحيط لأنه مرغوب فيه بين الناس فصار مالاً من وجه كالخمر ونحوها، وجعله البزدوي كالميتة لأنه جزء منها، وجعل صاحب الهداية وغيره بيع أم الولد والمدبر والمكاتب من الباطل لأن استحقاق العتق قد ثبت لأم الولد بقوله عليه السلام: «أعتقها ولدها»[١] **وسبب الحرية انعقد** في حق المدبر المطلق في الحال لبطلان أهلية المولى بعد موته والمكاتب استحق يداً على نفسه **وخرج من يد المولى** ولو ثبت فيه الملك لبطل ذلك كله، ولو بيع المكاتب برضاه **صح في الأظهر** وتنفسخ الكتابة اقتضاء لأنها تقبله بخلاف المدبر وأم الولد، وقال في الإيضاح: إذا كان أحد البدلين مدبراً أو مكاتباً أو أم ولد ملك بالقبض لأن الملك قائم بالمحل، وإنما لا يصح البيع لحقه في نفسه فاعتبر ذكره في حق ما يقابله فانعقد العقد وهذا هو الصواب **لأنهم يدخلون في العقد** حتى لا يبطل البيع فيما ضم إلى واحد منهم، وبيع معه ولو كان كالحر لبطل ويؤوَّل ما ذكره صاحب الهداية **على أنه باطل في حق نفسه** لا في حق ما

ومن حيث أنه ليس بمتقوّم لم يصلح ثمناً فكان مشروعاً بأصله غير مشروع بوصفه وهو الفاسد لم يكتب المحشي. **قوله**: (**حتى يملك**) أي فلو كان المشتري بها عبداً فعتقه المشتري نفذ عتقه. **قوله**: (**بأن كانت ديناً في الذمة**) أي الخمر إذ لا يصح إلا فيها لأن غيرها لا يثبت في الذمة اهـ **قوله**: (**وسبب الحرية انعقد إلخ**) كأنه جواب على ما يرد على أصلنا من أن التعليقات ليست بأسباب في الحال، فقال: لما كان ما بعد الموت زمان بطلان الأهلية انعقد التدبير سبباً في الحال اهـ **قوله**: (**وخرج من يد المولى**) أي وجواز البيع يقف على اليد بدليل الآبق والمغصوب اهـ **قوله**: (**صح في الأظهر**) احترازاً عن رواية النوادر اهـ ق. **قوله**: (**لأنهم يدخلون في العقد**) أي بخلاف الحر فإنه لا يدخل أصلاً فيبطل البيع فيه وفيما ضم إليه اهـ **قوله**: (**على أنه باطل في حق نفسه**) أي حتى لا يفيد الملك بعد القبض كما تفيد

---

(١) تقدم تخريجه.

يقابله، ولو مات المدبر أو أم الولد في يد المشتري فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة **وقالا: عليه قيمتهما** لأنهما مقبوضان بجهة البيع وهما مال حقيقة، ولهذا يملك ما ضم إليهما في البيع فيضمنان به ضرورة كسائر الأموال بخلاف المكاتب، لأنه في يد نفسه فلا يتحقق فيه القبض وهذا الضمان يجب به، وله أن شبهة البيع إنما تلحق بحقيقته في محل يقبل الحقيقة وهما لا يقبلان حقيقة البيع فصارا كالمكاتب، وليس دخولهما في البيع في حق أنفسهما **بل ليثبت حكم البيع فيما ضم إليهما** كمال المشتري لا يدخل فيه وحده ويدخل في حق ضم إليه، وقيل: لا يدخل ويفسد البيع وبه كان يفتي ظهير الدين، والأوّل أصح لأن دخوله فيه في حق ما ضم إليه حتى ينقسم الثمن عليهما لا غير، وروى المعلى عن أبي حنيفة أنه يضمن قيمة المدبر دون أم الولد كما في الغصب والفرق له على الظاهر أن جهة البيع هي المعتبرة هنا، فإذا بطلت لعدم محله بقي القبض بإذن مالكه فلا يجب الضمان بخلاف الغصب.

قال: (والسمك قبل الصيد) أي [لا][1] يجوز بيع السمك قبل الاصطياد لما روي «أنه عليه السلام نهى عن بيع الغرر»[2] رواه أحمد ومسلم وأبو داود وغيرهم، وعن ابن مسعود «أنه عليه السلام قال: لا تشتروا السمك في الماء فإنه غرر»[3] رواه أحمد ولأنه باع ما لم يملك فلا يجوز ثم هو على وجهين، فإما أن يبيعه قبل أن يأخذه أو بعده فإن باعه قبل الأخذ لا يجوز لما بينا، وإن أخذه ثم ألقاه في الحظيرة فإن كانت الحظيرة كبيرة بحيث لا يمكن أخذه إلا بحيلة لا يجوز لأنه باع ما لا يقدر على تسليمه، فلو سلمه بعد ذلك ينبغي أن يكون على الروايتين اللتين في بيع الآبق بناء على أنه باطل أو فاسد، وإن كانت صغيرة بحيث يمكن أخذه بغير حيلة جاز لأنه باع ملكه وهو مقدور التسليم ويثبت للمشتري خيار الرؤية عند التسليم له، ولا يعتد برؤيته وهو في الماء لأن السمك يتفاوت في الماء وخارجه، وكذا لو دخل السمك الحظيرة باحتياله بأن سدّ عليه فوهة النهر أو سد موضع الدخول حتى لا يمكنه

سائر البياعات الفاسدة الملك بعد القبض اهـ إتقاني. **قوله: (وقال: عليه قيمتها)** وهو رواية عنه اهـ هداية. **قوله: (بل ليثبت حكم البيع فيما ضم إليهما)** يعني: لو اشترى إنسان مال نفسه لا يجوز ولو ضمه مع عبد البائع صفقة واحدة فإن عبده يدخل في شرائه ليثبت الملك في حق عبد البائع وهذا معنى قوله ليثبت حكم البيع فيما ضم إليهما كمال

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من المطبوع.

(٢) أخرجه مسلم في البيوع (١٥١٣)، والترمذي في البيوع (١٢٣٠)، والنسائي في البيوع (٤٥١٨)، وأبو داود في البيوع (٣٣٧٦).

(٣) أخرجه أحمد في مسنده (٣٦٦٧).

الخروج على هذا التفصيل، لأنه لما احتبس فيه باحتياله صار آخذاً له وملكه بمنزلة ما لو ألقاه فيه، وقيل: لا يجوز لأن هذا القدر **ليس/ بإحراز له** فصار كطير دخل البيت [١٣٩/ ٢/١] فأغلق عليه الباب، وهذا الخلاف فيما إذا لم يهيئ الحظيرة للاصطياد فإن هيأها له ملكه بالإجماع فيكون على ما ذكرنا من التفصيل، **فإن اجتمع السمك في الحظيرة بنفسه** من غير صنعه ولم يسد عليه المدخل لا يجوز بيعه سواء أمكنه الأخذ بغير حيلة أو لا لأنه لا يملكه.

قال: (والطير في الهواء) لأنه غير مملوك له قبل الأخذ وبعده غير مقدور التسليم، وهذا إذا كان يطير ولا يرجع وإن كان له وكر عنده يطير منه في الهواء ثم يعود إليه جاز بيعه، لأنه يمكن أخذه من غير حيلة وعلى هذا لو باع صيداً قبل أخذه لا يجوز، وبعده يجوز إن كان في يده أو محبوساً في مكان يمكنه أخذه من غير حيلة، وإن لم يمكن أخذه إلا بحيلة لا يجوز لعدم القدرة على التسليم، ولو أخذه وسلمه ينبغي أن يكون في روايتان على نحو ما ذكر في الآبق، ولو اجتمع في أرضه الصيد فباعه من غير أخذه لا يجوز لأنه لم يملكه، ولهذا لو باض فيها [بيضاً][1] أو تنكس الصيد أو تكسر يكون لمن أخذه لعدم ملكه إياه بخلاف ما إذا عسل في النحل حيث يملكه، لأن العسل قائم بأرضه على وجه القرار كالأشجار، ولهذا وجب في العسل العشر إذا كان في أرض العشر كالثمار، وهذا إذا لم يهيئ أرضه لذلك فإن هيأها له بأن حفر فيها بئراً للاصطياد أو نصب شبكة فدخل فيه صيد أو تعقل به ملكه لأن التهيئة أحد أسباب الملك، ألا ترى أنه لو حط طستاً ليقع فيه المطر فوقع فيه ملكه بالوقوع فيه، وكذا لو بسط ذيله عند النثار ليقع فيه الشيء المنثور ملكه بالوقوع فيه، وفي النهاية لو دخل الصيد داره فأغلق عليه الباب كان الصيد له، ولم يحك فيه خلافاً وعلى قياس ما ذكره في الكافي في الطير لا يكون له، وقد ذكرناه من قبل ويجوز أن يكون في المسألة روايتان وإلا فلا فرق بينهما.

قال: (والحمل والنتاج) فالحمل ما كان في البطن والنتاج ما يحمله هذا الحمل

المشتري اهـ **قوله: (ليس بإحراز له)** سيأتي في المقالة الآتية ما يخالفه نقلاً عن النهاية اهـ **قوله: (فإن اجتمع السمك في الحظيرة بنفسه إلخ)** قال الإتقاني: أما إذا اجتمعت بنفسها من غير احتيال لأخذها فالبيع باطل لعدم الملك، وإن لم يستطعن الخروج، كما إذا أفرخ الصيد في أرضه من غير أن يتخذ له مكاناً، فإذا اتخذ مكاناً كان ملكاً لصاحب الأرض اهـ **قوله في المتن: (والحمل والنتاج)** قال الإتقاني رحمه الله: عند قوله في الهداية ولا يبيع

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من المطبوع.

لنهي النبي ﷺ «عن بيع حبل الحبلة»[١] رواه مسلم وأحمد وأبو داود، «وحبل الحبلة أن تنتج الناقة ما في بطنها ثم تحبل التي نتجت» رواه أبو داود، ونهى رسول الله ﷺ «عن شراء ما في بطون الأنعام حتى تضع وعن بيع ما في ضرعها إلا بكيل، وعن شراء العبد وهو آبق، وعن شراء المغانم حتى تقسم وعن شراء الصدقات حتى تقبض، وعن ضربة القانص»[٢] رواه أحمد وابن ماجه والترمذي، ولأن فيه غرراً وقد نهى عليه السلام «عن بيع الغرر»[٣] على ما بينا والغرر ما يكون مجهول العاقبة لا يدرى أيكون أم لا، والحبلة هو الحبل وهو مصدر سمي به الجنين كما سمي بالحمل، وهو مصدر وإنما دخلت عليه التاء للإشعار بالأنوثة فيه لأن معناه أن يبيع ما سيحمله الجنين إن كان أنثى، وكانوا في الجاهلية يتبايعون ذلك فنهاهم عنه عليه السلام.

قال: (واللبن في الضرع) لما روينا ولما روي أنه عليه السلام «نهى أن يباع ثمر حتى يطعم وصوف علي ظهر ولبن في ضرع وسمن في لبن»[٤] رواه الدار قطني، ولأنه يدر ساعة فساعة **فيختلط المبيع بغير المبيع** ولأنهم يختلفون في كيفية الحلب **فيؤدي إلى النزاع**، ولأنه يحتمل أن يكون انتفاخاً من الريح وليس فيه لبن.

قال: **(واللؤلؤ في الصدف)** لأن فيه غرراً وقد نهى عنه عليه السلام، ألا ترى أنه مجهول لا يعلم وجوده فيه ولا قدره ولأنه لا يمكن تسليمه إلا بضرر وهو كسر الصدف، وعن أبي يوسف أنه يجوز بيعه لأن الصدف لا ينتفع به إلا/ بالكسر فلا يعد ضرراً قلنا: هو مجهول بخلاف ما إذا باع تراب الذهب والحبوب في غلافها حيث يجوز لكونها معلومة ويمكن تجربتها بالبعض أيضاً. [١٣٩ب/٢]

الحمل والنتاج وإنما بطل هذا النوع من البيع لمعنى الغرر، لأنه لا يدري هل تنتج تلك الناقة أم لا تنتج إن بقيت فربما هلكت قبل أن تنتج وتلد اهـ **قوله: (فيختلط المبيع بغير المبيع)** أي بحيث لا يمتاز عنه فلا يجوز، وكذا إذا باع دقيقاً في هذه الحنطة أو زيتاً في هذا الزيتون أو دهناً في السمسم أو عصيراً في العنب أو سمناً في اللبن ونحو ذلك اهـ إتقاني. **قوله: (فيؤدي إلى النزاع)** أي فلا يجوز البيع لأدائه إلى قلب الموضوع لأن وضع الأسباب لقطع المنازعات فإذا أفضى البيع إلى ذلك لزم ما قلنا اهـ إتقاني. **قوله في المتن: (واللؤلؤ في**

---

(١) أخرجه البخاري في البيوع (٢١٤٣)، ومسلم في البيوع (١٥١٤)، والترمذي في البيوع (١٢٢٩)، والنسائي في البيوع (٤٦٢٣)، وأبو داود في البيوع (٣٣٨٠)، وابن ماجة في التجارات (٢١٩٧).

(٣) أخرجه ابن ماجة في التجارات (٢١٩٦)، وأحمد في مسنده (٢٧٤٧) بلفظ الغائص.

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) ذكره ابن حجر في التلخيص الحبير (٣/ ٦).

قال: (والصوف على ظهر الغنم لما روينا) ولأنه قبل الجز ليس بمال متقوّم في نفسه **لأنه بمنزلة وصف الحيوان** لقيامه به كسائر أطرافه، ولأنه يزيد من أسفل فيختلط المبيع بغيره كما قلنا: في اللبن **بخلاف القوائم لأنها تزيد من أعلاها**، ويعرف ذلك بالخضاب وبخلاف القصيل لأنه يقلع والصوف يقطع فيتنازعان في موضعه، وعن أبي يوسف أنه يجوز بيعه لأنه مال متقوّم منتفع به مقدور التسليم كسائر الأموال بخلاف أطراف الحيوان لأنه لا يمكن الانتفاع بها إلا بعد الذبح فصار مالية اللحم فيها متعلقاً بفعل شرعي ولم يوجد قبله وكونه مقطوعاً لا تأثير له، كما في الكراث وقوائم الخلاف والحجة عليه ما روينا وما بينا من المعنى، والتعليل بمقابلة النص مردود **وإنما أجيز في الكراث** وقوائم الخلاف للتعامل إذ لا نص فيه فلا يلحق به المنصوص عليه.

قال: (**والجذع في السقف** وذراع من ثوب) لأنه لا يمكنه التسليم إلا بضرر يلزمه سواء ذكر موضع القطع أو لم يذكر، **ولا يقال هو بنفسه التزم الضرر** لأن الالتزام بدون العقد غير لازم، والعقد لم يوجب الضرر فيمكنه الرجوع فيتحقق النزاع بخلاف ما إذا باع بعضاً معلوماً من نقرة فضة حيث يجوز لأن التبعيض لا يضره، **ولو قلع البائع الجذع أو قطع الثوب وسلمه عاد صحيحاً** إن كان قبل فسخ المشتري البيع لزوال المانع

الصدف) أي ولو اشترى لؤلؤة في صدف قال أبو يوسف: يجوز البيع وله الخيار إذا رأى. وقال محمد: لا يجوز وعليه الفتوى اهـ قاضيخان في فتاواه في البيع الفاسد. **قوله: (لأنه بمنزلة وصف الحيوان)** أي لأنه تبع للحيوان فلما كان تبعاً لم يجز جعله مقصوداً بإرادة العقد عليه اهـ إتقاني. **قوله: (بخلاف القوائم لأنها تزيد من أعلاها)** أي وكل ما يزداد منها يزداد على ملك المشتري فلا يختلط المبيع بغيره اهـ إتقاني. **قوله: (وإنما أجيز في الكراث)** أي وإن كان ينمو من أسفله اهـ إتقاني. **قوله في المتن: (والجذع في السقف)** قال في الهداية: ولو لم يكن متعيناً لا يجوز لما ذكرنا، وللجهالة أيضاً قال الإتقاني: يعني هذا الذي ذكرنا من عدم جواز بيع جذع من سقف فيما إذا كان الجذع متعيناً، أما إذا لم يكن الجذع متعيناً فلا يجوز البيع للمعنيين أحدهما ما ذكرنا في الجذع المتعين وهو أنه لا يمكن تسليمه إلا بضرر وهو المراد بقوله لما ذكرنا، والمعنى الثاني الجهالة لأنه غير متعين اهـ **قوله: (ولا يقال: هو بنفسه التزم الضرر)** قال فخر الإسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير: ولا يلزم أنه رضي لأن ذلك لا يلزم فله أن يرجع عن ذلك فيبطل البيع إلا أن يقطعه اتفاقاً فيسلمه قبل نقض البيع فينقلب البيع صحيحاً، قال في شرح الطحاوي: ولو باع جذعاً من سقف أو آجراً من حائط أو ذراعاً من كرباس أو من ديباج فلا يجوز بيعه لأجل المضرة اهـ إتقاني. **قوله: (ولو قلع البائع الجذع أو قطع الثوب وسلمه عاد صحيحاً)** أي ويجبر المشتري على الأخذ اهـ إتقاني. **قوله: (وبخلاف ما إذا باع بذراً في بطيخ ونحوه)** قال في

من الفساد، بخلاف ما إذا باع جلد الحيوان وذبحه وسلمه حيث لا يعود صحيحاً، لأن الفساد فيه لعدم المالية لما بيناه في أطراف الحيوان، ونظيره ما لو باع خمراً ثم تخللت، **وبخلاف ما إذا باع بزراً في بطيخ ونحوه** حيث لا يجوز، **وإن شقه** وسلمه لأن فساده لاحتمال العدم فلا يعود صحيحاً بخلاف الحبوب في أغلافها حيث يجوز بيعها، وإن كانت مستورة لأن وجودها معلوم ولهذا سمي به فيقال: هذا باقلى وهذه حنطة، ولا يقال: للبطيخ هذا بزر وهو الفارق، وهذا **في ثوب يضره القطع كالمهيأ للبس** وإن كان لا يضره القطع جاز بيع ذراع منه كالقفيز من الصبرة.

قال: **(وضربة القانص)** وهو ما يخرج من الصيد **بضرب الشبكة**، أو بغوص الصائد في الماء لما روينا فيه مفصلاً **ومجملاً وهو النهي عن الغرر، ولأنه مجهول القدر** والصفة فلا يجوز.

قال: **(والمزابنة) وهو بيع الثمر على رأس النخل** بتمر مجدود مثل كيله **خرصاً** لحديث أنس أنه عليه السلام «نهى عن المحاقلة والمخاضرة والمنابذة والملامسة والمزابنة»[1] رواه البخاري، والمزابنة ما ذكرناه، والمحاقلة بيع الحنطة في سنبلها

الفتاوى الولوالجية: رجل باع النواة في التمر فالبيع فاسد لأنه لا يمكن نزعها إلا بضرر، وأما إذا باع حب هذا القطن فالبيع جائز هكذا اختار الفقيه أبو الليث لأنه لا ضرر في نزعه اهـ إتقاني. **قوله: (وإن شقه إلخ)** قال الإتقاني: بخلاف ما إذا شق التمر والبطيخ وأخرج النوى والبزر وسلم لا يعود صحيحاً لاحتمال في وجودهما زمان البيع، وليس الجذع كذلك لأنه موجود محسوس، ولا احتمال فيه والبزر يفتح الباء والكسر فيه لغة بذر البقل وغيره اهـ **قوله: (في ثوب يضره القطع كالمهيأ للبس)** قال الإتقاني: كالسراويل والقميص والعمامة أما إذا كان كرباساً لا تتفاوت جوانبه، قالوا: يجوز بيع ذلك كذا قال الإمام العتابي اهـ **قوله في المتن: (وضربة القانص)** بالقاف والنون وهو ما يخرج من الصيد بضرب الشبكة وهو من القنص، يقال: قنص يقنص قنصاً إذا صاد، وروي في تهذيب الأزهري[2] عن ضربة الغائص بالغين المعجمة والياء آخر الحروف بعد الألف وهو غوص الصائد في الماء أو غوص الرجل في البحر لأجل اللؤلؤ اهـ عيني وكتب على قوله: وضربة القانص ما نصه قال الكمال: وهو بيع باطل لعدم ملك البائع المبيع قبل القبض فكان غرراً ولجهالة ما يخرج اهـ **قوله: (وهو ما يخرج من الصيد بضرب الشبكة)** أي وهو على هذا من القنص يقال: قنص يقنص قنصاً إذا صاد اهـ ق. **قوله: (مجملاً وهو النهي عن الغرر)** أي لأنه يحتمل أن يحصل شيء من الضربة ويحتمل أن لا يحصل ولأنه بيع ما ليس يملكه الإنسان لأنه ما كان مالكاً وقت العقد لما

---

(١) أخرجه البخاري في البيوع (٢١٨٦ و ٢٣٨١)، ومسلم في البيوع (١٥٣٩)، والنسائي في الأيمان والنذور (٣٨٨٣).

(٢) اسمه تهذيب اللغة - لأبي منصور محمد بن أحمد بن طلحة الأزهري اللغوي المتوفي سنة (٣٧٠هـ). كشف الظنون (١/ ٥١٥).

بحنطة مثل كيلها **خرصاً**، والمخاضرة بيع الثمار قبل أن تنتهي ولأنه باع مكيلاً بمكيل من جنسه فلا يجوز بطريق الخرص، كما لو كانا موضوعين على الأرض، وكذا بيع العنب بالعنب خرصاً لا يجوز، **وقال الشافعي رحمه الله: يجوز** فيما دون خمسة أوسق لما روي أنه عليه السلام «نهى عن بيع المزابنة وبيع الثمر بالتمر **إلا أصحاب العرايا** فإنه قد أذن لهم»[1] رواه البخاري اوالترمذي وزاد فيه «وعن بيع العنب بالزبيب وعن كل ثمر بخرصه» ولنا ما روينا وقوله عليه السلام: «الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح مثلاً بمثل يداً بيد فمن زاد أو استزاد فقد أربى الآخذ/ والمعطي فيه سواء»[2] رواه البخاري [١٣٩ب/٢] وأحمد، وأمثاله من النصوص لا تحصى كلها مشهورة وتلقتها الأمة بالقبول فلا يجوز تركها، وهذا لأن المساواة **واجبة بالنص** والتفاضل محرم به، وكذا التفرق قبل قبض

يحصل من الضربة، وقد قال عليه الصلاة والسلام: «لا تبع ما ليس عندك»[3]. وهذا الوجه مما سمح به خاطر الإتقاني، كذا قال رحمه الله. **قوله: (ولأنه مجهول القدر)** أي وجهالة المبيع تفسد البيع اهـ إتقاني. وكتب على قوله: مجهول القدر أي لأنه لا يدرى ما الذي يحصل من الضربة اهـ ق. **قوله في المتن: (والمزابنة)** قال في الفائق: المزابنة بيع الثمر في رؤوس النخل بالتمر، لأنها تؤدي إلى النزاع والمدافعة من الزبن وهو الدفع اهـ **قوله: (وهو بيع الثمر على رأس النخل إلخ)** قال الإتقاني: والأول بالثاء المنقوطة بالثلاث والثاني باثنتين، وكذا وقع سماعنا مراراً بفرغانة[4] وبخارى[5] وذلك لأن ما على النخيل قد يكون رطباً وقد يكون تمراً إذا جف فقلنا: بالثلاث حتى يعمهما جميعاً، والغالب من حال المجذوذ أن يكون تمراً فقلنا: بالاثنين ولو رويا بالثلاث فيهما جميعاً أو بالاثنتين فيهما جميعاً، فالحكم كذلك لأن بيع المزابنة لا يجوز كيفما كان لشبهة الربا سواء كان الرطب بالرطب أو التمر بالتمر أو أحدهما بالآخر اهـ **قوله: (خرصاً)** ضبطه الشارح بالقلم بكسر الخاء، وقال في المصباح: خرصت النخل خرصاً من باب قتل حذرت ثمره، والاسم الخرص بالكسر اهـ **قوله: (وقال الشافعي يجوز)** أي وهو أن مذهب أحمد واسحاق اهـ إتقاني. **قوله: (إلا أصحاب العرايا)** وهو أن يباع بخرصها تمراً فيما دون خمسة أوسق اهـ هداية. **قوله: (واجبة بالنص)**

---

(١) أخرجه البخاري في المساقاة (٢٣٨٤)، ومسلم في البيوع (١٥٤٠)، والترمذي في البيوع (١٣٠٣)، والنسائي في البيوع (٤٥٤٣).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) وهي بالفتح ثم السكون وغين معجمة وبعد الألف نون مدينة واسعة بما وراء النهر متاخمة لبلاد تركستان. معجم البلدان (٤/٢٥٣).

(٥) بُخارى بالضم من أعظم مدن ماوراء النهر وأجلها. معجم البلدان (١/٣٥٣).

البدلين فلا يجوز أن يباع جزافاً، ولا إذا كان أحدهما متأخراً كما لو كان أكثر من خمسة أوسق، وهذا لأن احتمال التفاضل ثابت فصار كما لو تفاضلا بيقين أو كانا موضوعين في الأرض، ومعنى العرايا فيما رواه العطايا وتفسيره أن يهب الرجل ثمر نخلة من بستانه ثم يشق على المعري دخول المعرى له في بستانه كل ساعة، ولا يرضى أن يخلف الوعد فيرجع فيه فيعطيه قدره تمراً مجذوذاً بالخرص بدله، وهو جائز عندنا لأن الموهوب له لم يملك الثمرة لعدم القبض فصار بائعاً ملكه بملكه وهو جائز لا بطريق المعاوضة، وإنما هو هبة مبتدأة وسمي ذلك بيعاً مجازاً لأنه في الصورة عوض عما أعطاه أوّلاً، فكأنه اتفق في الواقعة خمسة أوسق أو دونه، **فظن الراوي أن الرخصة مقتصرة** عليه فنقل كما وقع عنده وسكت عن السبب كذا فسره أهل الفقه والحديث فكان الحمل عليه أولى كيلا يكون مخالفاً للمشاهير، ويحتمل أن الراوي ظن أنه بيع.

قال: (والملامسة وإلقاء الحجر) وهذه من البيوع التي كانت في الجاهلية وهو أن يتساوم الرجلان فإذا لمسها المشتري أو نبذها إليه البائع أو وضع المشتري عليها حصاة لزم البيع فالأوّل بيع الملامسة، والثاني: بيع المنابذة، والثالث: إلقاء الحجر، وقد نهى عليه السلام عنها بما روينا، وعن أبي سعيد أنه عليه السلام «نهى عن الملامسة والمنابذة في البيع والملامسة لمس الرجل ثوب الآخر بيده بالليل أو بالنهار ولا يقلبه، والمنابذة أن ينبذ الرجل بثوبه وينبذ الآخر بثوبه ويكون ذلك بيعهما من غير نظر ولا تراض»[١] رواه البخاري ومسلم وأحمد ولأن فيه تعليقاً للتمليك بالخطر فيكون قماراً فصار في المعنى كأنه قال للمشتري: أي ثوب ألقيت عليه الحجر فقد بعتكه، وفي المغرب بيع الملامسة واللماس أن يقول لصاحبه: إذا لمست ثوبك أو لمست ثوبي فقد وجب البيع، وفي المنتقى عن أبي حنيفة هي أن يقول بعتك هذا المتاع بكذا فإذا لمستك فقد وجب البيع، أو يقول المشتري كذلك، والمنابذة أن يقول: إذا نبذته إليك أو يقول المشتري: إذا نبذته إليّ فقد وجب البيع، وإلقاء الحجر أن يقول المشتري أو البائع: إذا ألقيت الحجر وجب البيع، وفي سنن أبي داود «الملامسة أن يمسه بيده ولا ينشره ولا يقلبه»[٢].

الذي بخط الشارح واجب النص. **قوله: (فظن الراوي أن الرخصة مقصورة)** الذي بخط

---

(١) أخرجه البخاري في اللباس (٥٨٢٠)، والنسائي في البيوع (٤٥١٥)، وأحمد في مسنده (١١٤٨٩).

(٢) أخرجه أبو داود في البيوع (٣٣٧٧).

قال: (وثوب من ثوبين) لجهالة المبيع هذا إذا لم يشترط فيه خيار التعيين، **وإن اشترط فيه بأن اشترى أحدهما على أن يأخذ أيهما شاء جاز**، وقد بينا أنه يجوز إلى ثلاثة وحكمه إذا قبضهما.

قال: (والمراعي وإجارتها) أي لا يجوز بيع المراعي ولا إجارتها والمراد به الكلأ دون رقبة الأرض، لأن بيع الأرض وإجارتها جائز إذا كان مالكاً لها، **وإنما لا يجوز بيع الكلأ وإجارته** لأنه ليس بمملوك له إذ لا يملكه بنباته في أرضه ما لم يحرزه لقوله عليه السلام: «المسلمون شركاء في ثلاثة في الماء والكلأ والنار»[1] رواه أحمد وأبو داود ورواه ابن ماجه، من حديث ابن عباس وزاد فيه ثمنه حرام وهو محمول على ما إذا لم يحرزه، وقال عليه السلام: «لا يمنع الماء والنار والكلأ»[2] رواه ابن ماجه، ومعناه أن لهم الانتفاع بشرب الماء وسقي الدواب والاستقاء من الآبار والحياض والأنهار المملوكة، وله أن يمنع/ الناس من الدخول في أرضه، وإذا طلب أحد الماء [١٤٠ب/٢] يلزمه أحد أمرين إما أن يخليه يدخل فيأخذ الماء بنفسه أو يخرج له هو فصار نظير مالو وقع ثوب إنسان في دار غيره بهبوب الريح فيه، وكذا لهم الاحتشاش من الأراضي المملوكة فإن منعهم من الدخول في أرضه فهو على ما ذكرنا في الماء من الحكم، فإذا كان مباحاً فلا يجوز بيعه ولا إجارته، وإن كان في أرضه لعدم الملك فيه، ولأنه استهلاك العين والإجارة **لا تجوز في استهلاك العين المملوكة** فغير المملوكة أولى

الشارح مقتصرة اهـ **قوله في المتن: (وثوب من ثوبين)** لجهالة المبيع أي وجهالة المبيع مانعة من صحة العقد إذا كانت تفضي إلى المنازعة وهذه تفضي إليها، لأن البائع لا يدري ما يسلم والمشتري لا يدري ما يتسلم فتقع المنازعة بخلاف جهالة القيمة وجهالة الصبرة المبيعة فإنها لا تمنع من التسليم والتسلم، ولو قال: بعت أحد الثوبين على أن يأخذ المشتري أيهما شاء بعشرة فقبل: جاز استحساناً، والقياس أن لا يجوز وهو قول زفر والشافعي رحمهما الله : وقد مضى بيان المسألة مستوفى في أواخر خيار الشرط اهـ إتقاني. **قوله: (وإن اشترط فيه بأن اشترى أحدهما على أن يأخذ أيهما شاء جاز)** أي لأنه إذا شرط الخيار ارتفعت الجهالة في الثاني بفعل أحد المتعاقدين فصار كبيع قفيز من صبرة، وإذا لم يشرط الخيار ثبتت الجهالة وكثرت، ألا ترى أنه ليس للمشتري اختيار أحد الثوبين إلا وللبائع أن يعين الآخر، فإذا شرط الخيار تعين المبيع بفعل أحدهما فقلت: الجهالة فلم تؤثر اهـ أقطع. **قوله: (وإنما لا يجوز بيع الكلأ وإجارته)** أي لأنه مباح يشترك فيه جميع الناس فلا يثبت الملك لأحد قبل الإحراز اهـ إتقاني. **قوله: (لا تجوز في استهلاك العين المملوكة)**

---

(١) أخرجه أبو داود في البيوع (٣٤٧٧)، وأحمد في مسنده (٢٢٥٧٣).

(٢) أخرجه ابن ماجه في الأحكام (٢٤٧٣).

وأجيزت في الظئر والصبغ لكونها آلة للعمل بيعاً وضمناً، وكم من شيء يجوز ضمناً وإن لم يجز قصداً، والحيلة فيه أن يستأجر الأرض لإيقاف الدواب فيها أو لمنفعة أخرى بقدر ما يريد صاحبه من الثمن أو الأجرة فيحصل به غرضهما، هذا إذا نبت الحشيش بنفسه، وإن أنبته صاحب الأرض بأن سقاها أو حدق حولها أو هيأها للإنبات ملكه وجاز بيعه، **وقيل: لا يملكه** حتى لا يجوز بيعه قبل الإحراز لأن الشركة ثابتة بالنص **فلا تنقطع بدون الحيازة** ذكره في النهاية ويدخل في الكلأ جميع أنواع ما ترعاه المواشي رطباً كان أو يابساً بخلاف الأشجار لأن الكلأ اسم لما لا ساق له والأشجار لها ساق فلا تدخل فيه حتى جاز بيعها إذا نبتت في أرضه لأنه يملكها بالنبات فيها والكماة كالكلأ، ولذا لهم أن ينتفعوا بضوء النار والاصطلاء بها والإيقاد من لهيبها بدون رضا صاحبها، وليس لهم أن يأخذوا من الجمر شيئاً إلا برضا صاحبه.

قال: (والنحل) وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف، **وقال محمد والشافعي: يجوز بيعه إذا كان محرزاً** لأنه حيوان منتفع به وإن كان لا يؤكل كالحمار، ولهما أنه من الهوام فلا يصح بيعه كالزنبور وهوام الأرض، والانتفاع بما يخرج منه لا بعينه فلا يكون منتفعاً به والشيء إنما يصير مالاً لكونه متنفعاً به **حتى لو باعه مع الكوارة** صح تبعاً لها ذكره القدوري في شرحه، **وذكر الكرخي أنه لا يجوز بيعه مع العسل**، وقال: الشيء إنما يدخل في العقد تبعاً لغيره إذا كان من حقوقه كالشرب والطريق.

أي بأن استأجر بقرة ليشرب لبنها اهـ هداية. **قوله: (وقيل: لايملكه)** قائله القدوري اهـ **قوله: (فلا تنقطع بدون الحيازة)** أي وسوق الماء إلى أرضه ليس بحيازة والأكثر على الأول إلا أن على هذا القائل أن يقول: ينبغي أن حافر البئر يملك بناءها، ويكون بتكلفه الحفر والطي لتحصيل الماء يملك الماء كما يملك الكلأ بتلكفه سوق الماء إلى الأرض لينبت فله منع المستقي، وإن لم يكن في أرض مملوكة اهـ كمال. **قوله: (وقال محمد والشافعي: يجوز بيعه إذا كان محرزاً)** أي لأنه معتاد فيجوز للحاجة وبه قالت الثلاثة: وبه يفتى، وقال صاحب المجمع: يجوز بيع النحل تبعاً للكوارات عندهما، وعند محمد يجوز مطلقاً، وقال الكرخي في مختصره ولا يجوز بيع النحل عند أبي حنيفة فإن كان في كواراتها عسل فاشترى الكوارات بما فيهاجاز اهـ عيني. **قوله: (حتى لو باعه مع الكوارة صح)** الكوارات معسل النحل إذا سوي من طين وهي بضم الكاف والتشديد، كذا رأيت في أساس البلاغة[1] بتصحيح المطرزي وروي بالتخفيف أيضاً في التهذيب، ورري أيضاً كوار وكوارة بالكسر والتخفيف فيهما اهـ إتقاني. **قوله: (وذكر الكرخي أنه لا يجوز بيعه مع العسل)**

---

(١) هو للعلامة جار الله أبي القاسم محمود بن عمر الزمخشري المتوفي سنة (٥٣٨هـ). كشف الظنون (١/ ٧٤).

قال: (ويباع دود القز وبيضه) أي: يجوز بيعهما وهذا عند محمد، وعند أبي حنيفة لا يجوز بيعهما، **وأبو يوسف معه في الدود** ومع محمد في بيضه، **وقيل فيه أيضاً: معه** لأبي حنيفة أن الدود من الهوامّ وبيضه لا ينتفع به فأشبه الخنافس والوزغات وبيضها، ولمحمد أن الدود ينتفع به وكذا بيضه في المآل فصار كالجحش والمهر ولأن الناس قد تعاملوه فمست الضرورة إليه فصار كالاستصناع **والفتوى على قول محمد لما ذكرنا**.

قال: **(والآبق)** أي لا يجوز بيعه وهو معطوف على ما قبل دود القز لما روينا، ولأنه لا يقدر على تسليمه وهو شرط لحوازه **بخلاف العبد المرسل في حاجة** لثبوت القدرة على التسليم وقت العقد حكماً لأن الظاهر من حاله عوده إلى مولاه ولا كذلك الآبق، ولو باعه ممن زعم أنه عنده جاز لأن النهي ورد في الآبق المطلق وهو أن يكون آبقاً عند المتعاقدين، وهذا ليس بآبق في حق المشتري إذ هو في يده، **فلا يتناوله النص المطلق**

وقال الكرخي: أيضاً وأجمعوا أن بيع هوام الأرض لا يجوز الحيات والعقارب والوزغ والعظاية والقنافذ والجعل والضب وهوام الأرض كلها، وقالوا: لا يجوز بيع شيء في البحر من الضفادع والسرطان والسلاحف وغير ذلك إلا السمك، وقال في الأجناس قال محمد بن الحسن: إذا كان الدود من واحد وورق التوت منه والعمل من آخر على أن يكون القز بينهما نصفين أو أقل أو أكثر لا يجوز، وكذلك لو كان العمل منهما وهو بينهما نصفان لا يجوز وإنما يجوز إذا كان البيض منهما وهو بينهما نصفان، وأما إذا كان البذر بينهما على الثلث والثلثين لا يجوز، وقال الولوالجي في فتاواه: امرأة أعطت بذر القز وهو بذر الفيلق بالنصف امرأة فقامت عليه حتى أدرك فالفيلق لصاحبة البذر، لأنه حدث من بذرهاولها على صاحبة البذر قيمة الأوراق وأجرة مثلها، وعلى هذا إذا دفع البقر إلى إنسان بالعلف ليكون الحادث بينهما بالنصف فالحادث كله حديثة البقر، وله على صاحب البقر ثمن العلف أو أجر المثل، وكذا إذا دفع الدجاجة ليكون البيض بالنصف اهـ إتقاني. **قوله: (وأبو يوسف معه في الدود)** أي إلا إذا ظهر فيه القز فيجيزه تبعاً للقز اهـ **قوله: (وقيل: فيه أيضاً معه)** قال في الهداية: وقيل أبو يوسف مع أبي حنيفة كما في دوده اهـ **قوله: (والفتوى على قول محمد لما ذكرنا)** أي للتعامل اهـ **قوله في المتن: (والآبق)** قال الإتقاني: وصورته في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في عبد لرجل أبق فجاء رجل إلى مولاه فقال: إن عبدك قد أخذته وهو عندي في البيت فبعنيه فباعه منه قال: البيع جائز، وإن قال: أخذه هذا الرجل وهو عنده فبعه مني فصدقه الرجل بما قال: فباعه المولى منه فبيعه باطل إلى هنا لفظ أصل الجامع اهـ **قوله: (بخلاف العبد المرسل في حاجته)** قال في الدراية: وأما العبد المرسل في حاجته فيجوز بيعه كذا في المحيط اهـ **قوله: (فلا يتناوله النص المطلق)** أي لأن

إذ هو ليس بعاجز عن تسليمه وهو المانع ثمَّ لا يصير قابضاً بمجرد العقد إذا كان في يده **إن كان أشهد عند الأخذ أنه يأخذه ليرده** على صاحبه لأنه أمانة عنده، وقبض الأمانة لا ينوب عن قبض المبيع لأن قبضه مضمون على المشتري، ألا ترى أن المقبوض على / سوم الشراء مضمون بالقيمة، ولكن وجوب الثمن في البيع مانع عن وجوب [١٤١/أ/٢] القيمة فقبض الضمان أقوى من قبض الأمانة لتأكد قبض الضمان باللزوم والملك، فإن المشتري لو امتنع عن قبض المبيع أجبر عليه والضمان يوجب الملك من الجانبين على ما هو الأصل عندنا بخلاف قبض الأمانة فإنه لا يجبر عليه ولا يوجب الملك، فكان أضعف فلا ينوب عن الأقوى، **ولو لم يشهد عند الأخذ يصير قابضاً بمجرد العقد عندهما** خلافاً لأبي يوسف فيما إذا لم يأخذ لنفسه بل ليرده على صاحبه، وهذا بناء على أن الإشهاد ليس بشرط لكونه أمانة عنده وعندهما شرط وقد بيناه في اللقطة، ولو باعه ممن قال: هو عند فلان لم يجز لأنه أبق عندهما وهو المعتبر **إذ لا يقدر على تسليمه**، ولو باعه ثم عاد قبل الفسخ لم **يعد صحيحاً لوقوعه باطلاً** لعدم المحلية كبيع الطير في الهواء قبل التملك بخلاف ما إذا باعه ثم أبق قبل التسليم، ثم عاد حيث

النص المطلق لا يتناول المقيد، ولأن النص معلول بعلة العجز عن التسليم فإذا كان عند المشتري زال المعنى الموجب للفساد اهـ إتقاني. **قوله: (إن كان أشهد عند الأخذ أنه يأخذه ليرده)** أي حتى إذا هلك في يده قبل تجديد القبض هلك من مال البائع، لأنه أمانة عند المشتري وقبض الأمانة لكونه أدنى حالاً لا ينوب عن قبض البيع اهـ إتقاني. **قوله: (ولو لم يشهد عند الأخذ يصير قابضاً بمجرد العقد عندهما)** أي لأنه حينئذ يكون غاصباً وقبض الغصب قبض ضمان فينوب عن قبض البيع وهو قبض ضمان اهـ إتقاني. **قوله: (إذ لا يقدر على تسليمه)** أي لأن البائع لايقدر على أن يسلم ما ليس في يده اهـ إتقاني. **قوله: (لم يعد صحيحاً لوقوعه باطلاً)** قال الكمال رحمه الله: ولو عاد من إباقه وقد باعه ممن ليس عنده هل يعود البيع جائزاً إذا سلمه، فعلى ظاهر الرواية لا يعود صحيحاً وهو مروي عن محمد كما إذا باع خمراً فتخللت قبل التسليم أو باع طيراً في الهواء ثم أخذه لا يعود صحيحاً وهذا يفيد أن البيع باطل وهو مختار مشايخ بلخ والثلجي، لأن وجود الشرط يجب كونه عند العقد، وفي رواية أخرى عن محمد وهو رواية عن أبي حنيفة يجوز لقيام المالية والملك في الآبق، ولذا صح عتقه فكان كبيع المرهون إذا افتكه قبل الخصومة وفسخ القاضي للبيع وبه أخذ الكرخي وجماعة من المشايخ حتى إذا امتنع البائع من تسليمه أو المشتري من قبوله أجبر على ذلك، لأن صحة البيع كانت موقوفة على القدرة على التسليم، وقد وجد قبل الفسخ بخلاف ما إذا رجع بعد أن فسخ القاضي البيع أو تخاصما فإنه لا يعود صحيحاً اتفاقاً، وهذا يقتضي أن البيع فاسد فالحق أن اختلاف الرواية

يجوز لأن احتمال عوده يكفي لبقاء العقد على ما كان دون الابتداء، وعن أبي حنيفة أنه يعود صحيحاً لأن المالية فيه قائمة فكان محلاً للبيع فينعقد غير أنه عاجز عن تسليمه فيفسد فإذا آب قبل الفسخ عاد صحيحاً لزوال المانع فيجبران على التسليم والتسلم، فصار كما لو أبق بعد البيع وكبيع المرهون ثم افتكه قبل الخصومة وبه أخذ الكرخي وجماعة من أصحابنا رحمهم الله، وبالأول كان يفتي أبو عبدالله الثلجي وجماعة من مشايخنا رحمهم الله، ولو أعتقه نفذ عتقه لعدم اشترط القبض فيه، ولو علم حياته في وقت العتق أجزأه عن الكفارة، ولو وهبه من ابنه الصغير أو ليتيم في حجره جاز بخلاف ما إذا باعه منه لأن ما بقي له من اليد يكفي في الهبة دون البيع.

قال: (إلا أن يبيعه ممن يزعم أنه عنده) أي الآبق إذا باعه ممن يدعي أنه عنده جاز وقد ذكرناه.

قال: (**ولبن امرأة**) يعني لا يجوز بيعه ومراده إذا كان في وعاء، وقال الشافعي رحمه الله: يجوز بيعه من حرة كان أو من أمة ويضمن بالإتلاف لأنه مشروب طاهر كسائر المائعات الطاهرة، وعن أبي يوسف أنه يجوز بيع لبن الأمة لأنه يجوز إيراد العقد عليها فكذا على جزئها، ولهما أن جزء الآدمي بدليل أنه تثبت به حرمة المصاهرة بمعنى البعضية، وهو بجميع أجزائه مكرم مصون عن الابتذال والامتهان بالبيع إلا ما حل فيه الرق، وهو لا يحل اللبن لأنه ضعف حكمي فتمحض بمحل القوة

والمشايخ فيه بناء على الاختلاف في أنه باطل أو فاسد فإنك علمت أن ارتفاع المفسد في الفاسد يردّه صحيحاً، لأن البيع قائم مع الفساد وارتفاع المبطل لا يرجع لأن البيع لم يكن قائماً بصفة البطلان، بل معدوماً فوجه البطلان عدم القدرة على التسليم، ووجه الفساد قيام المالية والملك والوجه عندي إن عدم القدرة على التسليم مفسد لا مبطل اهـ وكتب ما نصه قال الولوالجي في فتاواه: ولو باع الآبق ثم سلمه في المجلس قبل الافتراق لا يجوز، لأنه باع ما لا يقدر على تسليمه فكان باطلاً اهـ إتقاني رحمه الله، **قوله في المتن: (ولبن امرأة)** قال الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير: سمعت الفقيه أبا جعفر يقول: سمعت الفقيه أبا القاسم أحمد بن حم[١] قال: قال نصر بن يحيى: سمعت الحسن بن سيهوب يقول: سمعت محمد بن الحسن يقول جواز إجارة الظئر دليل على فساد بيع لبنها لأنه لما جازت الإجارة ثبت أن سبيله سبيل المنافع، وليس سبيله الأموال لأنه لو كان مالاً لم تجز إجارته، ألا ترى أن رجلاً لو استأجر بقرة على أن يشرب لبنها لم تجز الإجارة فلما جاز إجارة الظئر ثبت أن لبنها ليس بمال، وذكر في إجارة العيون لو أن رجلاً استأجر شاة لترضع جدياً أو صبياً فإنه لا يجوز لأن اللبن ليس له قيمة اهـ إتقاني. **قوله:**

---

(١) هو أبو القاسم أحمد بن عصمة الصفار الملقب (حَمْ) وتقدمت ترجمته فيما سبق.

التي هي ضده وهو الحي، لأن الضدين يتعاقبان في موضع واحد ولا حياة في اللبن وكونه مشروباً ضروري لأجل الأطفال **حتي لو استغنى عنه لا يجوز** ونظيره ملك النكاح فإنه ضروري لاقتضاد الشهوة وإبقاء النسل، فلا يدل على أن البضع مهان مبتذل ولأن لبن الآدمية في حكم المنفعة حتي جاز استحقاقه بعقد الإجارة، وبيع مثله لا يجوز بخلاف لبن البقرة ونحوها حيث يجوز بيعه، لأنه ليس له حكم المنفعة حتى لا يستحق بعقد الإجارة وهو مبتذل أيضاً.

قال: (وشعر الخنزير ينتفع به للخرز) أي لا يجوز بيع شعره ويجوز الانتفاع به للخرز **لأنه نجس العين** فلا يجوز بيعه إهانة له كالخمر، وهذا لأن جواز بيعه يشعر بإعزازه في غير الآدمي ونجاسته تشعر بهوان المحل، وإنما جاز الانتفاع به للأساكفة لأن خرز النعال والأخفاف لا يتأتي إلا به فكان فيه ضرورة، وعن أبي يوسف أنه يكره لأن الخرز يتأتى بغيره والأول هو الظاهر **لأن الضرورة تبيح لحمه فالشعر أولى** ثم/ [١٤١ ب/٢] لا حاجة إلى شرائه **لأنه يوجد مباح الأصل**، وقال الفقيه أبو الليث: إن كانت الأساكفة لا يجدون شعر الخنزير إلا بالشراء ينبغي أن يجوز لهم الشراء لأن ذلك حالة الضرورة، فأما البيع فيكره لأنه لا حاجة إليه للبائع، **ولا بأس للأساكفة أن يصلوا** مع شعر الخنزير، وإن كان أكثر من قدر الدرهم ولو وقع في الماء القليل أفسده عند أبي يوسف، لأن الإطلاق للضرورة فلا يظهر إلا في حالة الاستعمال، وفي غير تلك الحالة بقي على الأصل، وعند محمد لا يفسده **لأن إطلاق الانتفاع دليل طهارته** والله أعلم.

قال: (وشعر الإنسان) يعني: لا يجوز بيع شعر الإنسان والانتفاع به لأن الآدمي مكرم فلا يجوز أن يكون جزؤه مهاناً، وقال عليه السلام: «لعن الله الواصلة

(حتى لو استغنى عنه لا يجوز) أي شربه والانتفاع به يحرم حتى منع بعضهم صبه في العين الرمدة وبعضهم أجازه إذ عرف دواء اهـ فتح. **قوله: (لأنه نجس العين)** أي فلا يكون مالاً وبيع ما ليس بمال لا يجوز، وعلى ذلك انعقد الإجماع اهـ إتقاني. **قوله: (لأن الضرورة تبيح لحمه)** قال تعالى: ﴿فمن اضطر في مخمصة غير متجانف لإثم﴾ [المائدة: ٣]. **قوله: (فالشعر أولى)** أي عند الضرورة لأن الشعر أخف منه بدليل أن شعر الميتة طاهر ولحمها لا اهـ إتقاني. **قوله: (لأنه مباح الأصل)** أي غالباً اهـ إتقاني. **قوله: (ولا بأس للأساكفة أن يصلوا إلخ)** قال الكمال: وما ذكره في بعض المواضع من جواز صلاة الخرازين مع شعر الخنزير وإن كان أكثر من قدر الدرهم ينبغي أن يخرج على القول بطهارته في حقهم، أما على قول أبي يوسف فلا **وهو الوجه فإن** الضرورة لم تدعهم إلى أن يعلق بهم بحيث لا يقدرون على **الامتناع عنه ويتجمع في ثيابهم** هذا المقدار اهـ **قوله: (لأن إطلاق الانتفاع دليل طهارته)** أي **والصحيح قول أبي يوسف. لأن** حكم الضرورة لا يتعدّاها وهي في الخرز فيكون بالنسبة

والمستوصلة»[١]. وإنما لعنا للانتفاع به لما فيه من إهانة المكرم، وعن محمد رحمه الله أنه أجاز الانتفاع بشعر الآدمي استدلالاً بما روي أنه عليه السلام حين حلق رأسه قسم شعره بين أصحابه فكانوا يتبركون به لو كان نجساً لما فعل فإنه لا يتبرك بالنجس، ألا ترى أن أبا طيبة رضي الله عنه حين شرب دم النبي ﷺ على قصد التبرك به نهاه أنه يعود[٢] إلى مثله في المستقبل. قلنا: حرمة الانتفاع به لكرامته لا لنجاسته حتى لو وقع في الماء القليل لا يفسده فبطل الاستدلال بها، ويرخص فيما يتخذ من الوبر فيزاد على قرون النساء وذوائبهن.

قال: (وجلد الميتة قبل الدبغ) يعني لا يجوز بيعه **لما روي أنه عليه السلام «نهى عن الانتفاع بجلد الميتة وعصبها»**[٣] فيما رواه أبو داود وغيره **ولأن نجاسته من الرطوبات المتصلة** به بأصل الخلقة فصار كلحم الميتة بخلاف الثوب النجس حيث يجوز بيعه، لأن نجاسته ليست بأصل الخلقة فلا يمنع من جواز البيع.

قال: (وبعده يباع وينتفع به كعظم الميتة وعصبها وصوفها وقرنها ووبرها) يعني بعد الدباغ يجوز بيعه كما يجوز بيع عظم الميتة إلى آخره لأنه طهر بالدباغ

إليه فقط اهـ كمال رحمه الله. **قوله: (لما روي أنه عليه الصلاة والسلام «نهى عن الانتفاع بجلد الميتة وعصبها»)** محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في جلد الميتة وعظامها إذا دبغ وعصبها وعقبها وصوفها ووبرها وقرنها قال: لا بأس بالانتفاع بذلك كله وبيعه إلى هنا لفظ أصل الجامع الصغير اهـ إتقاني. **قوله: (ولأن نجاسته من الرطوبات المتصلة)** فإن قيل: نجاستها أي جلود الميتة ليس إلا لما يجاورها من الرطوبات النجسة فهي متنجسة فكان ينبغي أن يجوز بيعها كالثوب النجس، أجيب بأن النجس منها باعتبار أصل الخلقة فما لم يزايله فهي كعين الجلد فعلى هذا يكون الجلد نجس العين بخلاف الثوب والدهن النجس فإن النجاسة فيه عارضة، فلا يتغير حكم الثوب بها فيه وهذا السؤال ليس في تقرير المصنف ما يرد عليه أوّلاً ليحتاج إلى الجواب عنه فإنه ما علل المنع الا بعدم الانتفاع به، وإنما يرد على من علل النجاسة ولا ينبغي أن يعلل بها بطلان بيع أصلاً فإن بطلان البيع دائر مع حرمة الانتفاع وهي عدم المالية، فإن بيع السرقين جائز وهو نجس العين للانتفاع به لما ذكرنا، وأما جواز بيعها بعد الدباغة لحل الانتفاع بها شرعاً والحكم بطهارتها زيادة ثبتت

---

(١) أخرجه البخاري في اللباس (٥٩٣٣)، ومسلم في اللباس والزينة (٢١٢٢)، والترمذي في اللباس (١٧٥٩)، والنسائي في الزينة (٥٠٩٧)، وابن ماجة في النكاح (١٩٨٨).

(٢) ذكره ابن حجر في التلخيص الحبير (١/ ٣٠).

(٣) أخرجه الترمذي في اللباس (١٧٢٩) بلفظ (لا تستمتعوا من الميتة بإهاب) والنسائي في الفرع والعتيرة (٤٢٤٩)، وابن ماجة في اللباس (٣٦١٣) وأحمد في مسنده (١٨٣٠٣) واللفظ له.

والعظم ونحوه طاهر بأصل الخلقة على ما ذكرنا في كتاب الطهارة فجاز بيعه ولحوم السباع وشحومها وجلودها بعد الذكاة كجلود الميتة بعد الدباغ حتى يجوز بيعها والانتفاع بها غير الأكل **لطهارتها** بالذكاة إلا جلد الخنزير فإنه نجس العين فلا يطهر بالذكاة، ويجوز بيع عظم الفيل والانتفاع به عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وعند محمد لا يجوز وهو كالخنزير عنده وعندهما كالسباع.

قال: (وعلو سقط) أي لا يجوز بيع علو بعدما سقط **لأن له حق التعلي** لا غير وهو ليس بمال ومحل البيع المال وهو ما يمكن إحرازه وقبضه، والهواء لا يمكن إحرازه وقبضه، وإنما يصح بيعه قبل الانهدام باعتبار البناء القائم ولو لم يبق **بخلاف الشرب** حيث يصح بيعه تبعاً باتفاق الروايات، **ومقصوداً في رواية وهو اختيار مشايخ بلخ** لأنه نصيب من الماء وهو مال، ولهذا يضمن بالإتلاف **حتى لو سقى به رجل أرضه يضمن قيمته**، وكذا له حصة من الثمن حتى لو ادَّعى رجل شراء أرض بشربها بألف فشهد

شرعاً على خلاف قول مالك رحمه اللّه اهـ كمال. **قوله: (لطهارتها)** أي لطهارتها بالذكاة قدم الشارح في الأسآر أن الصحيح أن اللحم لا يطهر بالذكاة فراجعه اهـ **قوله: (لأنه له حق التعلي)** وقد صرح الإتقاني والزيلعي على ما سيأتي بأن حق التعلي لا يجوز بيعه في جميع الروايات اهـ **قوله: (بخلاف الشرب)** هذا جواب عن سؤال مقدّر تقديره إن الشرب حق الأرض فينبغي أن لا يجوز بيعه فأجاب بهذا اهـ وكتب ما نصه: ثم جواز بيع الشرب مع الأرض اتفاق الروايات فيما إذا كان الشرب شرب تلك الأرض، أما إذا باع الأرض مع شرب أرض أخرى اختلف المشايخ فيه قال في الفتاوى الصغرى: والصحيح أنه لا يجوز اهـ غاية. قال الكمال: أما إذا باع أرضاً مع شرب غيرها ففي صحته اختلاف المشايخ، والصحيح أنه لا يجوز مفرداً كبيع الشرب يوماً أو يومين حتى تزداد نوبته اهـ **قوله: (ومقصوداً)** أي بيعه منفرداً عن الأرض اهـ **قوله: (في رواية)** أي في غير ظاهر الرواية اهـ غاية. **قوله: (وهو اختيار مشايخ بلخ)** أي كأبي بكر الإسكاف ومحمد بن سلمة لأن أهل بلخ تعاملوا ذلك لحاجتهم إليه، والقياس يترك للتعامل كما جوّز السلم للضرورة والاستنصاع للتعامل اهـ كمال. قال الإتقاني: مشايخ بلخ كأبي بكر الإسكاف ومحمد بن سلمة يجوّزون بيع الشرب يوماً أو يومين حتى تزداد نوبة المشتري، لأن أهل بلخ تعاملوا ذلك لحاجتهم إلى ذلك اهـ **قوله: (حتى لو سقى به رجل أرضه يضمن قيمته)** أي وكذا إذا استحق الشرب يبطل حصته من الثمن اهـ غاية. وكتب ما نصه قال الكمال: وأما ضمانه بالإتلاف فهو بأن يسقي أرضه بشرب غيره فهو رواية البزدوي، وعلى رواية شيخ الإسلام لا يضمن وقيل: يضمن إذا جمع الماء ثم أتلفه، ولا يضمن قبل الجمع وحينئذ فالإلزام به من رد المختلف فيه إلى المختلف فيه فلا يلزم المخالف، وعن الشيخ جلال الدين ابن المصنف أنه قصر ضمانه بالإتلاف على ما إذا

شاهد بذلك وسكت الآخر عن الشرب بطلت شهادتهما **لاختلافهما في ثمن الأرض**، وإنما لم يجز بيعه في رواية **وهو اختيار مشايخ بخارى للجهالة**، وإن سقط العلو بعد البيع قبل القبض بطل البيع كهلاك المبيع قبل القبض، ولا يجوز بيع المسيل وهبته ويجوز بيع الطريق وهبته والمسألة تحتمل وجهين، أحدهما: بيع رقبة الطريق والمسيل، **والثاني بيع حق المرور** وحق تسييل الماء **فإن كان المراد به الأول فالفرق بينهما** أن رقبة الطريق معلوم الطول والعرض فيجوز بيعه / ، وأما رقبة المسيل فمجهول لأن مقدار ما [١٤٢/أ/٢] يشغله الماء من الأرض مختلف يختلف بقلة الماء وكثرته حتى لو بين حدوده جاز، وكذا لو باع رقبة النهر من غير اعتبار المسيل أو باع جزءاً شائعاً منه جاز لأنه معلوم، وإن كان المراد به الثاني ففي بيع حق المرور روايتان **في رواية الزيادات لا يجوز**، وفي

كان أشهد به لآخر ثم رجع بعد القضاء، وقال: لا وجه للضمان بالاتفاق إلا بهذه الصورة لأنه لو ضمن بغيرها، فأما بالسقي أو بمنع حق الشرب لا وجه للأوّل لأن الماء مشترك بين الناس بالحديث ولا إلى الثاني لأن منع حق الغير ليس سبباً للضمان بل السبب منع ملك الغير ولم يوجد، وأما أنه حظ من الماء وهو عين أو شيء يتعلق بالعين فأورد عليه أنه لو كان عيناً ينبغي أن لا يجوز بيعه إذا لم يكن فيه ماء وأجيب بأنه إنما جوّز للضرورة وهو بعرضية وجوده كالسلم والاستصناع ثم بتقدير أنه حظ من الماء فهو مجهول المقدار فلا يجوز بيعه، وهذا وجه منع مشايخ بخارى بيعه مفرداً قالوا: وتعامل أهل بلدة واحدة ليس هو التعامل الذي يترك به القياس، بل ذلك تعامل أهل البلاد ليصير إجماعاً كالاستصناع والسلم لا يقاس عليه، والضرورة في بيع الشرب مفرداً على العموم منتفية بل إن تحقق فحاجة بعض الناس في بعض الأوقات وبهذا القدر لا يخالف القياس اهـ **قوله: (لاختلافهما في ثمن الأرض)** أي لأن بعض الثمن يقابل الشرب اهـ **قوله: (وهو اختيار مشايخ بخارى للجهالة)** أي لا لأنه ليس بمال بخلاف بيعه مع الأرض لأنه سقط اعتبار الجهالة تبعاً للأرض قاله الإتقاني. **قوله: (والثاني بيع حق المرور)** أي الذي هو التطرق اهـ فتح. **قوله: (فإن كان المراد به الأوّل إلخ)** قال الكمال: فإن كان المراد الأول وهو بيع رقبة الطريق والمسيل أي مع اعتبار حق التسييل فوجه الفرق بينهما أن الطريق معلوم، لأن له طولاً وعرضاً معلوماً فإن بينه فلا إشكال في حق نفسه، وإن لم يبينه جاز أيضاً وهو المراد بالمسيلة هنا فإنه يجعل مقدار باب الدار العظمى وطوله إلى السكة النافذة، أما المسيل فمجهول لأنه لا يدري قدر ما يشغله الماء، ومن هنا عرف أن المراد بالمسيلة ما إذا لم يبين مقدار الطريق والتسييل، أما لو بين حداً ما يسيل فيه الماء أو باع الأرض المسيل من نهر أو غيره من غير اعتبار حق التسييل فهو جائز بعد أن يبين حدوده اهـ **قوله: (فالفرق بينهما)** أي حيث جاز بيع الطريق وهبته دون المسيل اهـ إتقاني. **قوله: (في رواية الزيادات لا يجوز)** قال الفقيه أبو الليث في

رواية ابن سماعة يجوز والفرق بينه وبين التسييل على رواية ابن سماعة أن حق المرور معلوم وهو الطريق على ما بينا، **أما التسييل** فمتعلق بمجهول لأنه متعلق برقبة المسيل وهو مجهول على ما بينا، ووجه الفرق بين حق التعلي حيث لا يجوز بيعه باتفاق الروايات وبين حق المرور في الطريق حيث يجوز بيعه في رواية ابن سماعة أن حق المرور متعلق برقبة الأرض، ورقبة الأرض مال وهو عين فما تعلق به كان له حكم المال وحق التعلي متعلق بالهواء، والهواء ليس بعين مال ولا له حكم المال فلا يجوز.

قال: ﴿**وأمة تبين أنه عبد وكذا عكسه**﴾ أي لو اشترى أو باع شخصاً على أنه أمة فتبين أنه عبد أو على أنه عبد فتبين أنه أمة لم يجز البيع وهذا استحسان، والقياس أنه يجوز وهو قول زفر رحمه الله: لأنه اختلاف الوصف إذ الذكورة **والأنوثة وصف في الحيوان** وهو يوجب الخيار لا الفساد كما في البهائم فإنه إذا اشترى كبشاً مثلاً فإذا هو نعجة أو بالعكس لا يفسد البيع وإنما يثبت له الخيار لفوات الوصف المرغوب فيه، كما إذا اشترى عبداً على أنه خباز أو كاتب فإذا هو بخلاف ذلك وجه الاستحسان أن الذكر والأنثى من بني آدم جنسان مختلفان لتفاحش التفاوت في المقاصد **فإن المقصود من العبد الاستخدام خارج الدار** ومن الأمة الاستخدام داخل الدار كالطبخ والكنس والاستفراش والاستيلاد فصارت جنساً آخر غير الذكورة، **ومن غيره** جنس واحد لتقارب المقصود فإن المقصود منه اللحم والحمل والركوب ونحو ذلك فالذكر والأنثى من الحيوان يصلحان لذلك فكانا جنساً واحداً، واختلاف الجنس يكون باختلاف المقاصد ألا ترى أن الخل والدبس جنسان لما قلنا، وإن اتحد أصلهما ثم في مختلفي الجنس يتعلق العقد بالمسمى **إذا اختلف فيه المسمى والمشار إليه** لأن التسمية أبلغ في التعريف من الإشارة، **لأن الإشارة لتعريف الذات** فإنه إذا قال هذا صار

شرح الجامع الصغير: هذه الرواية هي الصحيحة لأنه حق من الحقوق وبيع الحقوق بالانفراد لا يجوز اهـ غاية. **قوله**: ﴿**أما التسييل**﴾ أي فإن كان على السطح فهو نظير حق التعلي، وبيع حق التعلي لا يجوز باتفاق الروايات، وإن كان على رقبة الأرض فلا يجوز أيضاً لجهالة قدر ما يشغله الماء اهـ غاية. **قوله في المتن**: ﴿**وأمة تبين أنه عبد وكذا عكسه**﴾ قال الكمال: إذا اشترى هذه الجارية بألف فظهرت غلاماً فالبيع باطل لعدم المبيع، وهذه وأمثالها تبتني على الأصل الذي تقدّم في المهر أنه إذا اجتمع تسمية، وإشارة إلى شيء كما ذكرنا من هذه الجارية حيث أشار إلى ذات وسماها جارية اهـ **قوله**: ﴿**والأنوثة وصف في الحيوان**﴾ أي فلا يتبدّل بها معنى الذات اهـ غاية. **قوله**: ﴿**فإن المقصود من العبد الاستخدام خارج الدار**﴾ أي كالزراعة والتجارة والحراثة اهـ فتح. **قوله**: ﴿**ومن غيره**﴾ أي من غير بني آدم اهـ **قوله**: ﴿**إذا اختلف فيه المسمى والمشار إليه**﴾ أي ويبطل العقد لانعدام المسمى اهـ **قوله**: ﴿**لأن الإشارة**

الذات معيناً ولا يشاركه فيه غيره، والتسمية لإعلام الماهية وهو أمر زائد على أصل الذات فكان أبلغ في التعريف ويحتاج في مقام التعريف إلى ما هو أبلغ فيه **فكانت الإشارة** أولى بالاعتبار في متحدي الجنس، لأن المسمى موجود في المشار إليه ذاتاً، والوصف يتبعه فأمكن الجمع بينهما بأن تجعل الإشارة للتعريف والتسمية للترغيب فيثبت له الخيار عند فوات الوصف المرغوب فيه بخلاف مختلفي الجنس، لأن المسمى فيه مثل المشار إليه وليس بتابع له فلا يمكن أن يجعل أحدهما تبعاً للآخر فيعتبر الأعرف عند تعذر الجمع بينهما وهذا هو الأصل في العقود كلها كالإجارة والنكاح والصلح عن دم العمد والخلع والعتق على مال، **ثم إذا كان المعتبر هو المسمى عند اختلاف الجنس** يقع البيع باطلاً عند بعض المشايخ، لأنه معدوم وبيع المعدوم لا يجوز إلا في السلم، وقال بعضهم: إنه فاسد وهو اختيار الكرخي لأنه باع المسمى وأشار إلى غيره فصار كأنه باع شيئاً بشرط أن يسلم غيره، وذلك فاسد والإجارة مثل البيع لأنها تبطل بالشرط الفاسد والنكاح وأشباهه لا يفسد بالشرط الفاسد ولكنه ينظر إن كان المسمى يمكن ضبطه كالثياب والحيوان/ الموصوفة أو المكيل أو [١٤٢ب/٢]

لتعريف الذات) أي الحاضرة والتسمية تعرف الحقيقة المندرجة فيها تلك الذات وغيرها من ذوات لا تحصى معروفة عند العقل بأشباهها لتلك الذات وغيرها اهـ كمال. **قوله: (فكانت الإشارة)** أي فإذا علم ذلك كانت الإشارة اهـ **قوله: (ثم إذا كان المعتبر هو المسمى عند اختلاف الجنس إلخ)** قال الإتقاني في الغاية: قال بعضهم في شرحه: في هذا الموضع اختلفوا في هذا البيع، وقال بعضهم: باطل. وقال بعضهم: فاسد، ثم قال: وهو اختيار الكرخي وقال: كذا ذكر في الجامع الصغير لقاضيخان أقول: هذا اختلاف عجيب، ونقل عن الكرخي عجيب أما الأوّل فلأن محمداً رحمه الله قال في مسألة الجامع الصغير: فلا بيع بينهما فيكون تنصيصاً على البطلان لأن مثل هذا النفي يدل على الباطل لا الفاسد فكيف يصح بعد هذا، قوله: اختلفوا في أنه باطل أو فاسد، وأما الثاني فلأن الكرخي صرح في مختصره بأن اختلاف الصفة إذا أوجب اختلافاً فاحشاً كان ذلك بمنزلة الاختلاف في الجنس ثم في اختلاف الجنس إذا باع فصاً على أنه ياقوت فكان زجاجاً أو باع هذا الثوب على أنه خز فإذا هو مرعزي قال: فالبيع باطل اهـ والعجب من هذا التعجيب لأن قوله: فلا بيع بينهما يحتمل نفي الصحيح ويحتمل النفي مطلقاً، وقول الإتقاني: إن هذا تنصيص على البطلان ممنوع وتعليله مصادرة فجعل البيع فاسداً له وجه على تقدير الاحتمال الآخر، وإن كان مرجوحاً على وجه التسليم، وأما تصريح الكرخي بأنه مثل مختلفي الجنس فهو مثله في الاختلاف من حيث عدم الصحة لا في أن كل واحد منهما باطل، ويكون الوقوف على كلام الكرخي بأنه فاسد قرينة هذا الحمل توفيقاً بين كلاميه، ولا يظن

الموزون يجب المسمى ويجعل كأنه سماه، ولم يشر إلى شيء وإن لم يمكن ضبطه يجب مهر المثل كأنه لم يسم شيئاً لأنه لا يصلح أن يثبت في الذمة.

قال: (وشراء ما باع بالأقل قبل النقد) معناه أنه لو باع شيئاً وقبضه المشتري ولم يقبض البائع الثمن فاشتراه بأقل من الثمن الأوّل لا يجوز، وقال الشافعي رحمه اللّه: يجوز وهو القياس لأن الملك فيه قد تم بالقبض فيجوز بيعه بأي قدر كان من الثمن كما إذا باعه من غير البائع أو منه بمثل الثمن الأوّل أو بأكثر أو بعرض أو بأقل بعد النقد ولنا ما روي عن **أبي اسحاق السبيعي** عن امرأته أنها دخلت على عائشة رضي اللّه عنها فدخلت معها **أم ولد زيد بن أرقم** فقالت: يا أم المومنين إني بعت غلاماً من زيد بثمانمائة درهم نسيئة وإني **ابتعته** منه بستمائة نقداً **فقالت لها عائشة**: «**بئسما شريت وبئسما شرى** إن جهاده مع رسول اللّه ﷺ قد بطل إلا أن يتوب»[1] رواه الدار قطني، فهذا الوعيد دليل على أن هذا العقد فاسد وهو لا يدرك بالرأي فدل على أنها قالته سماعاً، ولا يقال: قد روي أنها قالت: إني بعته إلى العطاء فلعلها أنكرت عليها لذلك لأنا نقول: كانت عائشة رضي اللّه عنها ترى البيع إلى العطاء، **ولأن الثمن لم يدخل** في ضمان البائع قبل قبضه فإذا عاد إليه عين ماله بالصفة التي خرج من ملكه وصار بعض الثمن قصاصاً ببعض بقي له عليه فضل بلا عوض فكان ذلك ربح ما لم

بصاحب النهاية نقل ما لا يوجد في كلام الكرخي غايته عدم وقوف الإتقاني. على ذلك هذه الحاشية من فوائد الشيخ محب الدين الأقصراي رحمه اللّه قوله: قال بعضهم: هو صاحب النهاية اهـ **قوله**: (**أبي اسحق السبيعي**) اسمه عمرو بن عبداللّه يروي عن زيد بن أرقم اهـ **قوله**: (**أم ولد زيد بن أرقم**) قال الإتقاني: زيد بن أرقم بن قيس بن نعمان بن مالك بن ثعلبة بن كعب بن الخزرج الأنصاري من مشاهير الصحابة، وفي كنيته اختلاف قيل: أبو عمرو وقيل: أبو عامر.وقيل: أبو أنيسة وقيل: أبو أنيس وتوفي بالكوفة سنة ثمانٍ وستين، وهذا الذي أخذ الراية يوم موته حين استشهد عبداللّه بن رواحة، كذا ذكره ابن شاهين في كتابه المعجم[2] اهـ **قوله**: (**ابتعته**) أي بعته وكذا هو في الهداية اهـ **قوله**: («**فقالت لها عائشة: بئسما ما شريت وبئسما ما شرى**») ما معنى ذم البيع الأوّل وهو جائز إجماعاً إنما ذمته لكونه سبباً للبيع المحظور كالسفر لقطع الطريق محظور، وإن كان السفر في نفسه مباحاً اهـ إتقاني باختصار. **قوله**: (**ولأن الثمن لم يدخل إلخ**) قال الإتقاني: ولأنه يلزم منه ربح ما لم يضمن لأن المبيع خرج من ضمان البائع بالتسليم، والثمن لم يدخل في ضمانه لعدم

---

(٢) أخرجه الدارقطني (٣/ ٥٢).

(١) اسمه المعجم المفنن بالمعجم المعنون، في التاريخ للشيخ عبد الباسط بن خليل بن شاهين الملطي القاهري الحنفي المتوفى سنة (٩٢٠هـ). كشف الظنون (٢/ ١٦٠٤).

يضمن وهو حرام بالنص بخلاف ما إذا اشتراه بمثل الثمن الأوّل أو أكثر، لأن الربح فيه حصل للمشتري بعدما دخل المبيع في ضمانه، **ولو اشتراه من لا تجوز شهادته** له كولده ووالده وعبده ومكاتبه فهو بمنزلة شراء البائع بنفسه، **وقال أبو يوسف ومحمد: يجوز في غير العبد** والمكاتب لأن الأملاك متباينة بخلاف المملوك لأن كسبه لسيده وله في كسب مكاتبه حق الملك فكان تصرفه كتصرفه، وله أن شراء هؤلاء كشراء البائع بنفسه لاتصال منافع المال بينهم، وهو نظير الوكيل في البيع إذا عقد مع هؤلاء، ولو اشترى ما بيع له بأن باع وكيله لم يجز أيضاً لأنه لما باع بإذنه صار كبيعه بنفسه ثم اشترى بالأقل، وكذا لو وكل رجلاً ببيع عبده بألف درهم فباعه ثم أراد الوكيل أن يشتري العبد بأقل مما باع لنفسه أو لغيره بأمره قبل نقد الثمن لم يجز، أما شراؤه لنفسه فلأن الوكيل بالبيع بائع لنفسه في حق الحقوق فكان هذا شراء البائع من وجه، والثابت من وجه كالثابت من كل وجه في باب الحرمات، وأما لغيره فلأن شراء

القبض فإذا اشترى بالأقل لزم ربح ما لم يضمن لا محالة، وذلك لا يجوز لما حدث صاحب السنن بإسناده إلى عبدالله بن عمر فقال: قال: رسول الله ﷺ: «لا يحل سلف وبيع»[(١)] ولا شرطان في بيع ولا ربح ما لم يضمن ولا بيع ما ليس عندك فإن قلت: يحتمل أن عائشة رضي الله عنها إنما أغلظت القول هكذا، لأن البيع كان إلى العطاء وهو أجل مجهول لا لأن فيه ربح ما لم يضمن، قلت: كان من مذهب عائشة جواز البيع إلى أجل مجهول وهو مذهب علي وابن أبي ليلى وجماعة، كذا قال القاضي أبو زيد في الأسرار[(٢)] اهـ **قوله: (لا يحل سلف)** صورة النهي عن بيع وسلف أن يكون البيع بشرط منفعة القرض أو الهبة والصدقة، وما أشبه ذلك وصورة الشرطين في بيع أن يبيع عبيده بألف درهم إلى سنة أو بألف وخمسمائة إلى سنتين، ولم يبينا العقد على أحدهما كذا في شرح الطحاوي اهـ **قوله: (ولو اشتراه من لا تجوز شهادته)** قال الكمال: ولو اشترى ولده أو والده أو زوجته فكذلك عنده، وعندهما يجوز لتباين الأملاك، وكان كما لو اشتراه آخر وهو يقول: كل منهم بمنزلة الآخر ولذا لا تقبل شهادة أحدهما للآخر اهـ **قوله: (وقال أبو يوسف ومحمد: يجوز في غير العبد)** قال الكرخي في مختصره: ولا يجوز أن يشتري ذلك وكيل البائع ولا مضارب ولا شريك في تلك التجارة، ولا مدبر للبائع ولا مكاتب ولا عبد للبائع مأذون له في التجارة في قولهم جميعاً، فإن اشتراه والد للبائع أو ولد أو ولد ولد علا أو سفل أو من لا تجوز شهادته للبائع ولا شهادة البائع له لم يجز عند أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد:

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) اسمه الأسرار في الأصول والفروع للشيخ العلامة أبي زيد عبيد الله بن عمر الدبوسي الحنفي المتوفى سنة (٤٣٠هـ). كشف الظنون (١ / ٨٤).

المأمور واقع له من حيث الحقوق فكان هذا شراء ما باع لنفسه من وجه، **وكذا لو اشترى من وارث مشتريه بأقل مما اشترى** به المورث لم يجز لقيام الوارث مقام المورث بخلاف ما لو اشترى وارث البائع بأقل مما باع به مورثه فإنه يجوز، وعن أبي يوسف أنه لا يجوز كالفصل الأوّل والفرق على ظاهر الرواية أن الوارث يقوم مقام المورث فيما يرث لا فيما لا يرث، ووارث البائع لم يقم مقام البائع في هذا الشراء لأنه لم يملك الشراء بطريق الإرث لأنه كان يملك الشراء لنفسه حال حياة مورثه فكان كالأجنبي في ذلك، وأما وارث المشتري فقائم مقام المشتري في هذا البيع لأن ولاية البيع له من أحكام ملك المورث فإنه ما كان يملك البيع حال حياة مورثه، لأنه ملك مورثه ولما قام وارث المشتري/ [١٤٣/أ/٢] مقامه في بيع هذه العين بحكم الإرث صار بيع الوارث وبيع المورث سواء وكما لا يجوز بيع المشتري لا يجوز بيع وارثه، وشرطنا أن يكون الشراء من مشتريه أو من وارثه لأنه لو باعه المشتري من رجل أو وهبه لرجل أو أوصى لرجل **ثم اشتراه البائع الأوّل من ذلك الرجل يجوز** لأن اختلاف سبب الملك كاختلاف العين أصله حديث بريرة حيث قال عليه السلام: «هو لها صدقة ولنا

ذلك جائز وكذلك لا يجوز للمولى أن يشتري ما باعه مكاتبه ولا عبده المأذون ولا مضاربه بأقل من الثمن الذي باعوه، فإن وكل البائع من يشتريه بأقل من الثمن الأوّل فاشتراه فالشراء جائز عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف: الشراء لازم للوكيل ولا يلزم الآمر، وقال محمد: للآمر بشراء فاسد إلى هنا لفظ الكرخي وجه قول محمد أنه أمره بما لو باشره بنفسه يكون فاسداً، ووجه قول أبي يوسف العقد له زيادة فساد بدليل إبطال الجهاد فلم يجز التوكيل به، ولأبي حنيفة أن الموكل في المعنى مشتر من الوكيل قاصداً كما إذا اشترى من غيره اهـ إتقاني رحمه الله. **قوله: (وكذا لو اشترى من وارث مشتريه بأقل مما اشترى إلخ)** قال في شرح الطحاوي: إذا مات المشتري فاشتراه البائع من الوارث لا يجوز لأن الوارث يقوم مقام المورث، ألا ترى أنه لو وجد به عيباً كان له أن يخاصم البائع في الرد ولو لم يمت المشتري، ولكن مات البائع فاشتراه وارثه من المشتري جاز الشراء إذا كان الوارث من تجوز شهادته للبائع في حال الحياة وقرابته من البائع لا تمنع بخلاف المشتري، والفرق بينهما أن وارث المشتري قائم مقام المشتري في عين المبيع لأنهم ورثوه منه، وأما وارث البائع يقوم مقام البائع في الثمن والثمن الذي يثبت في ذمته لم يكتب المحشي. **قوله: (ثم اشتراه البائع الأول من ذلك الرجل يجوز)** أي ولو عاد إلى ملك المشتري الأول بملك مستأنف جاز لبائعه شراؤه منه بأقل ما كان باعه أوّلاً اهـ مبتغى[1] وكتب ما نصه: قال

---

(١) اسمه المبتغى في فروع الحنفية، مجلد للشيخ عيسى بن محمد بن اينانج القرشهري الحنفي أتمه سنة (٧٣٤هـ). كشف الظنون (٢/١٥٧٩).

هدية»(١) وشرطنا أن يكون المبيع على حاله لم ينتقص لأنه إذا تعيب في يد **المشتري فباعه من البائع بأقل من الثمن الأوّل جاز لأن المانع ربح ما لم يضمن، وإنما يظهر الربح إذا صار إليه المبيع كما خرج عن ملكه فإذا لم يعد إليه كما خرج عن ملكه جعل النقصان بمقابلة العيب الحادث عند المشتري** فكان مشترياً ما باع بمثل الثمن **الأوّل معنى**، وشرطنا أن يكون النقصان من حيث الذات لأنه لو نقصت قيمته بتغير **السعر لم يجز شراؤه بأقل مما باع، لأن تغير السعر غير معتبر** في حق الأحكام كما في **حق الغاصب** وغيره **فعاد إليه المبيع كما خرج عن ملكه** فيظهر الربح، وشرطنا اتحاد **الثمنين جنساً** لأنه إذا اشتراه بجنس آخر غير جنس الثمن الأوّل يجوز وإن كان الثمن **الثاني أقل لأن الربح لا يظهر** عند اختلاف الجنس والدنانير جنس الدراهم هنا حتى لو **كان العقد الأوّل** بالدراهم فاشتراه بالدنانير وقيمتها أقل من الثمن الأوّل **لم يجز استحساناً** وجاز قياساً وهو قول زفر، لأنهما جنسان **حتى لا يجري ربا الفضل بينهما** ولنا **أنهما جنسان صورة وجنس واحد معنى** لأن المقصود بهما واحد وهو الثمنية **فبالنظر إلى الأوّل يصح وبالنظر إلى الثاني لا يصح** فغلبنا المحرّم على المبيح لقوله عليه **السلام**: ما اجتمع الحلال والحرام إلا وقد غلب الحرام الحلال رجلان باعا عبداً بينهما **بألف** فقالا: بعناكه بألف كل نصف بخمسمائة ثم اشتراه أحدهما بخمسمائة قبل **النقد** فسد في نصفه لأنه شراء ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن وصح في نصيب **شريكه** بنصف خمسمائة لأنه ما باع ولا بيع له، ولو قالا: بعناك نصيب فلان **بخمسمائة** ثم قالا: بعناك نصيب فلان بخمسمائة ثم اشترى أحدهما كله بخمسمائة **فسد في نصيبه، لأن** نصفه وهو الربع باعه بنفسه ونصفه وهو الربع بيع له، وأما

الإتقاني: ويجوز إذا اشتراه من غيره إلا من وارثه لأن بتبدل العاقد تتبدل العين حكماً فأما **ما** وارثه فبمنزلته فإنه خلفه فصار شبهة، والشبهة في باب الحرمات ملحقة بالحقيقة اهـ **قوله: (جعل النقصان بمقابلة العيب الحادث عند المشتري)** أي فلا يتحقق الربح اهـ إتقاني. وكتب ما نصه سواء كان ذلك النقصان بقدر ذلك العيب أو دونه اهـ فتح. **قوله: (لأن تغير السعر غير معتبر)** أي لأنه فتور في رغبات الناس فيه وليس منه فوات جزء من العين اهـ كمال. **قوله: (لم يجز استحساناً)** قال الكمال رحمه الله: وجه الاستحسان أنهما جنس واحد من حيث كونهما ثمناً ومن حيث وجب ضم أحدهما إلى الآخر في الزكاة فيبطل البيع احتياطاً وألزم أن اعتبارهما جنساً واحداً يوجب التفاضل بينهما احتياطاً، والجواب أن مقتضى الوجه ذلك ولكن في التفاضل عند بيع أحدهما بالآخر إجماع اهـ **قوله: (حتى لا يجري ربا الفضل بينهما)** قال الإتقاني: وجه الاستحسان أنهما من حيث الثمنية كالشيء

---

(١) تقدم تخريجه.

نصيب صاحبه فيفسد في نصفه وهو الربع لأنه باعه له وصح في الربع الآخر فيدفع ثمنه لأنه ما باع ولا بيع له، وإن اشترياه معاً في هذه الصور صح شراء كل واحد منهما في ثمنه بثمن الثمن لأنه لو اشتراه أحدهما صح شراؤه في الربع، فإذا اشترى كل واحد منهما نصفاً شائعاً صح شراء كل واحد منهما في نصف ذلك وهو الثمن ضرورة، ولو باعاه بألف ثم اشترياه بخمسمائة صح شراء كل واحد منهما في ربعه، لأن كل واحد منهما اشترى نصفاً شائعاً نصفه فيما باع فيفسد ونصفه فيما باع شريكه فيصح في نصفه الذي لم يبعه له بل باعه لنفسه، ولو باعه مع وكيله بألف ثم اشتراه الموكل بخمسمائة لا يصح لأن أحد النصفين باعه بنفسه والنصف الآخر بيع له، ولو اشتراه الوكيل فسد في النصف الذي باعه هو وصح في النصف الآخر لأنه ما باع ولا بيع له، ولو باع الوكيل كله ثم اشتراه أحدهما لا يصح، أما الوكيل فلأنه باع، وأما الموكل فلأنه بيع له.

[١٤٣ب/٢] قال: (**وصح فيما ضم إليه**) أي: صح البيع فيما ضم / **إلى المشتري** بأن اشترى مثلاً جارية بألف ثم باعها وأخرى معها بألف من البائع قبل نقد الثمن **جاز البيع في التي لم يشترها** من البائع ويفسد في الأخرى لأنه لا بد أن يجعل الثمن بمقابلة التي لم يشترها منه **فيكون مشترياً للأخرى بأقل مما باع**، **وهو فاسد** ولا يشيع الفساد لأنه ضعيف فيها لكونه مجتهداً فيه حتى لو قضى القاضي بجوازه صح، **أو لأنه باعتبار شبهة الربا ولأنه طارئ** لأنه يظهر بانقسام الثمن أو المقاصة فلا يسري إلى غيرها.

الواحد فتثبت شبهة الربح اهـ **قوله في المتن**: (**وصح فيما ضم إليه**) وهذه فرع المسألة السابقة وهي أن شراء ما باع من المشتري بأقل مما باعه به قبل نقد الثمن لا يجوز اهـ كمال. **قوله**: (**إلى المشتري**) بفتح الراء اهـ فتح. **قوله**: (**جاز البيع في التي لم يشترها**) أي بحصتها اهـ إتقاني. **قوله**: (**فيكون مشترياً للآخر بأقل مما باع وهو فاسد**) أي ولا إشكال هنا على قولهما وإنما الإشكال على قول أبي حنيفة، لأن مذهبه أن البيع إذا فسد بعضه فسد كله إذا كان الفساد مقارناً، وحله أن يقال: أن الفساد فيما بيعت أوّلاً ضعيف لأنه اختلف العلماء في فسادها فلم يسر لضعف الفساد إلى صاحبها كما إذا اشترى عبدين أحدهما مدبر حيث لا يفسد البيع بل يصح البيع في القن بحصته من الثمن، فكذا هنا يصح البيع في المضمومة بحصتها من الثمن اهـ إتقاني. **قوله**: (**أو لأنه باعتبار شبهة الربا**) أي سلامة الفضل للبائع الأوّل من غير عوض ولا ضمان يقابله احتياطاً لأمر الربا فلم يسر إلى المضمومة لقصور سبب الفساد اهـ إتقاني. **قوله**: (**ولأنه**) أي ليس بمقارن لأنه ليس في صلب العقد بل هو إلخ اهـ غاية. **قوله**: (**طائ**) أي لأنهما لم يذكرا في البيع ما يوجب فساد البيع، وإنما الفساد باعتبار شبهة الربا وهي أمر خفي ظهر ذلك بعد العقد إما بانقسام الثمن على قيمتهما أو

قال: (**وزيت على أن يزنه بظرفه ويطرح عنه مكان كل ظرف خمسين رطلاً وصح لو شرط أن يطرح بوزن الظرف**) أي لا يجوز بيع زيت كل رطل بدرهم على أن يزنه بظرفه **ويطرح عن** الزيت الموزون مكان كل ظرف خمسين رطلاً ويجوز إن شرط أن يطرح بوزن الظرف لأن الشرط الأوّل لا يقتضيه العقد والثاني يقتضيه، وهذا لأن مقتضى العقد أن يخرج عنه وزن الظرف فإذا طرح خمسين مثلاً **يحتمل أن يكون أكثر من الظرف أو أقل** إلا إذا عرف أن وزنه خمسون رطلاً فحينئذٍ يجوز لأنه يقتضيه العقد.

قال: (**وإن اختلفا في الزق فالقول للمشتري**) لأنه المنكر بيانه أنه لو اشترى سمناً في زق فرد المشتري الزق وهو عشرة أرطال **فقال البائع: الزق غير هذا وهو كان خمسة أرطال** لأنه إن اعتبر اختلافاً في الزق فالقول قول القابض ضميناً كان أو أميناً كالغاصب والمودع وإن اعتبر اختلافاً في السمن فهو في الحقيقة اختلاف في مقدار

بالمقاصة أعني مقاصة الثمن في البيع الثاني بمقدار ذلك من الثمن في البيع الأوّل فيبقى من الثمن الأوّل فضل من غير أن يقابله عوض، فكيفما كان يظهر الفضل للبائع الأوّل فيكون مشترياً ما باع بأقل منه، والفساد الطارئ لا يسري كمن باع عبدين صفقة واحدة، وبين ثمن كل واحد منهما ثم ألحقا الأجل إلى وقت الحصاد في ثمن أحدهما فسد البيع فيه، ولا يتعدى إلى الآخر فكذا فيما نحن فيه اهـ إتقاني. **قوله في المتن: (وزيت)** قال الإتقاني: هذه من خواص الجامع الصغير وصورته فيه محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل اشترى من رجلٍ هذا الزيت وهو ألف رطل على أن يزنه بظروفه فيطرح عنه مكان كل ظرف خمسين رطلاً قال: هذا فاسد فإن قال: على أن يطرح عني وزن الظرف فهو جائز وذلك أن المبيع في الصورة الأولى مجهول وجهالته تفسد البيع، لأن وزن الظرف يحتمل أن يكون أقل من خمسين أو أكثر فإن كان أقل منه يخرج بعض الزيت من أن يكون مبيعاً وذلك مجهول، وإن كان أكثر منه يلزم الجهالة أيضاً لأن القدر الزائد على الخمسين من الظرف ليس بمبيع فإن كان كذلك كأن طرح الخمسين بوزن كل ظرف شرطاً لا يقتضيه العقد فأفسده بخلاف الصورة الثانية حيث جاز العقد لأن طرح قدر الوزن شرط يقتضيه العقد، لأن الظرف ليس بمبيع فيخرج بوزنه والشرط لا يزيد إلا تأكيداً لحكم العقد ووضع المسألة فيما إذا باع كل رطل منه بكذا كذا قالوا اهـ **قوله: (ويطرح عن)** أي يطرح البائع عن المشتري اهـ إتقاني. **قوله: (يحتمل أن يكون أكثر من الظرف أوأقل)** أي فيكون المبيع مجهولاً وجهالته تفسد البيع اهـ **قوله في المتن: (وإن اختلفا في الزق إلخ)** هذه من مسائل الجامع الصغير وصورته فيه محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل اشترى من رجل السمن الذي في هذا الزق كل رطل بدرهم فوزن له السمن والزق فبلغ مائة رطل وقبضه المشتري ثم جاء فقال: وجدت الثمن تسعين رطلاً والزق هذا وزنه أرطال لم يكتب

الثمن فيكون القول للمشتري لأنه ينكر الزيادة ولا يتحالفان وإن كان الاختلاف في الثمن، لأن الاختلاف في الثمن يثبت تبعاً لاختلافهما في الظرف والاختلاف في الظرف لا يوجب التحالف، لأنه ليس بمقصود بالعقد ولا معقود عليه أصلاً فكذا فيما يثبت تبعاً له إذ التبع لا يخالف الأصل ولأن التحالف ورد على خلاف القياس فيما إذا كان الاختلاف في موجب العقد قصداً ضرورة أن كل واحد منهما يدعي عقداً غير الذي يدعيه صاحبه، والاختلاف في الزق ليس في معناه فلا يلحق به.

قال: (ولو أمر ذمّياً بشراء خمر أو بيعها صح) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله **وقالا: لا يجوز** وعلى هذا الخلاف التوكيل ببيع الخنزير وعلى هذا توكيل المحرم الحلال ببيع صيده لهما أن الوكيل يستفيد الولاية من الموكل ولا ولاية للموكل في هذا التصرف، فكذا وكيله كمسلم وكل مجوسياً بأن يزوّجه مجوسية حيث لا يجوز بالاتفاق ولأن ما يثبت له ينتقل إليه فصار كأنه باشره بنفسه، ولأنه بين الوكيل والموكل يجري حكم المبادلة حتى يجعل الوكيل بمنزلة البائع والموكل بمنزلة المشتري، ألا ترى أنه يحبس المبيع بالثمن ويرد الموكل عليه بالعيب ويجري التحالف بينهما عند التجاحد، **ولأبي حنيفة رحمه الله أن الوكيل أصل** لنفس التصرف والموكل لحكم التصرّف، ألا ترى أنه يملك الخمر والخنزير بالإرث بأن كانا لذمي فأسلم فمات قبل أن يسيب الخنزير ويخلل الخمر يرثه ورثته المسلمون، وكذا إذا تخمر عصيره يبقى على ملكه بخلاف توكيل المسلم المجوسي أن يزوّجه المجوسية لأنه سفير ومعبر فيه فيكون مضافاً إلى الموكل، وبخلاف ما إذا اتهب كافر لمسلم خمراً لأنه سفير كالتزويج فيقع الملك فيه للمسلم ابتداء وحقوقه راجعة إليه **ثم يتصدّق بثمن الخمر إن باعها الوكيل له** لتمكن الخبث فيه لقوله عليه السلام: «إن

المحشي. وكتب ما نصه: ومسألة الاختلاف في الزق ذكرها الشارح في الدعوى فراجع الحاشية التي في خيار الرؤية عند قوله: وللمشتري لو في الرؤية فإنها تليق بهذا المحل وهي نقلاً عن الكمال اهـ **قوله: (فقال البائع: الزق غير هذا وهو كان خمسة أرطال)** أي فالقول للمشتري مع يمينه اهـ **قوله: (وقالا: لا يجوز)** أي مالك والشافعي وأحمد اهـ **قوله: (ولأبي حنيفة أن الوكيل أصل إلخ)** ولأبي حنيفة أن الشراء والبيع وجدا من النصراني وهو أهل لمباشرة ذلك غاية ما في الباب أن حكم التصرف وهو ملك الثمن أو المبيع يثبت للموكل حكماً لتصرف الوكيل لا قصداً، لأن التوكيل بالشراء والبيع إلخ لم يكتب المحشي. **قوله: (ثم يتصدق بثمن الخمر إن باعها الوكيل له إلخ)** قال الكمال: وقد روي عن أبي حنيفة أن هذه الوكالة تكره أشد ما يكون من الكراهة وهي ليس إلا كراهة التحريم فأي فائدة في

الذي حرم بيعها حرم شراءها وأكل ثمنها»[١]. وفي التوكيل بشراء الخمر يملكها حكماً/ فيخللها لأنه منع عن الانتفاع بعينها وله أن يتصرف فيها على وجه يتوصل [١٤٤/ ٢] به إلى الانتفاع بها، كما إذا ورثها أو تخمر عصيره وعليه ثمنه يدفعه إلى الوكيل لانتقال الملك إليه من جهته حكماً فيلزمه البدل وإن كان خنزيراً يسيبه، وقولهما لا ولاية للموكل في هذا التصرف فكذا وكيله منقوض بمسائل **منها أن رجلاً لو توكل عن غيره بشراء عبد** بعينه لا يملك أن يشتريه لنفسه فلو وكل من يشتريه له فاشتراه له ملكه، ومنها إذا مات ذمي وخلف خمراً يأمر القاضي ذمّياً ببيعها وإن لم يملك بيعها هو، ومنها لو كان مسلم وصياً لذمي وللميت خمر يأمر الوصي المسلم ذمّياً ببيعها وإن لم يملكه هو، وأما نكاح المجوسية فلأن المسلم لا يملكه ابتداء ولا بقاء فلا يمكن إثباته له حكماً لتصرّفه بخلاف ما نحن فيه على ما بينا، ولأن المقصود من البيع الملك والمسلم أهل لملكهما والمقصود من النكاح الحل ولا يفيد الحل فيلغو.

قال: (وأمة على أن يعتق المشتري أو يدبر أو يكاتب أو يستولد) أي لا يجوز بيع أمته على أن يفعل بها المشتري شيئاً من هذه الأشياء لنهيه عليه السلام «عن بيع وشرط»[٢] والأصل فيه أن كل شرط لا يقتضيه العقد هو غير ملائم له، ولم يرد الشرع بجوازه ولم يجز التعامل فيه وفيه منفعة لأهل الاستحقاق مفسد لما روينا، فإن شرط فيه ما يقتضيه العقد كشرط الملك للمشتري، أو شرط فيه الملائم للعقد كالرهن والكفالة جاز لأنهما للتوثقة والتأكيد لجانب الاستيفاء والمطالبة، لأن استيفاء الثمن مقتضى العقد ومؤكده ملائم له إذا كان معلوماً بأن كان الرهن والكفالة معينين أو شرطا فيه ماورد الشرع بجوازه، كالخيار والأجل أو شرط فيه ما جرى التعامل بين الناس كشراء النعل على أن يحذوها البائع أو يشركها، أو شرط فيه ما لا منفعة فيه لأهل الاستحقاق وأهل الاستحقاق هو البائع والمشتري والمبيع الآدمي والأجنبي لا يفسد البيع لورود الشرع به أو التعامل أو لكونه ملائماً وما عدا ذلك من الشروط

الصحة اهـ **قوله: (منها أن رجلاً لو توكل عن غيره بشراء عبد إلخ)** وفي الخبازية المريض مرض الموت لو باعه بما يتغابن في مثله وعليه ديون مستغرقة لا يجوز، ومن وصيته يجوز ذلك بعد موته وكذا لا تبيع الأم عروض الولد ووصيها يبيع العروض التي هي من ميراثها اهـ دراية. وقد قالوا: لا يجوز بيع العبد الآبق ويجوز التوكيل ببيعه اهـ سراج وهاج. وقوله:

---

(١) أخرجه مسلم في المساقاة (١٥٧٩) والنسائي في البيوع (٤٦٦٤)، وأحمد في مسنده (٢١٩١) واللفظ له.

(٢) تقدم تخريجه.

مفسد لما فيه من زيادة عرية عن العوض فيفضي إلى الربا، ولأنه يقع بسببه المنازعة فيعري العقد عن مقصوده لأن المقصود من شرع الأسباب في المعاملات قطع النزاع ليختص به المباشر للسبب، وقال الشافعي: يجوز البيع بشرط الإعتاق وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة لأن بيع العبد نسمة متعارف في الوصايا وتفسيره ما قلنا، ولنا أنه لا يقتضيه العقد إذ هو يقتضي الإطلاق وأي تصرّف شاء لا تصرفاً معيناً، فاشتراط مثله فيه مفسد له **كاشتراط التدبير والاستيلاد** والكتابة فيه، وتفسير بيع النسمة أن يبيعه ممن يعرف أنه يعتقه كما إذا باعه ممن يطلب رقبة للإعتاق عن كفارة أو نذر، وقيل: تفسيره أن يعده المشتري قبل الشراء ثم يشتريه من غير شرط في العقد، **ولو أعتقه المشتري جاز البيع** عند أبي حنيفة رحمه اللّه ويجب عليه الثمن، وقالا: يجب عليه القيمة وهو القياس لأن شرط الإعتاق مفسد فتحقيقه تقرير للفساد لا رفع له كسائر الشروط المفسدة، فصار كما إذا أتلفه بوجه آخر وجه الاستحسان أن اشتراط الإعتاق من حيث ذاته لا يلائم العقد على ما بينا، ولكن من حيث حكمه يلائمه لأنه منه لملكه والشيء بانتهائه يتقرّر، فلوجود صورة الشرط قلنا يفسد، فإذا تحقق العتق حكمنا بجوازه لتحقيق الملائمة وهو الإنهاء فكان الحال قبله موقوفاً بخلاف الاستيلاد والتدبير حيث لا يعود/ صحيحاً بهما، لأنهما ليسا بمنهيين للملك وكذا [١٤٤ب/٢] إذا أتلفه بوجه آخر، ولو باع جارية بشرط أن يطأها المشتري أو بشرط أن لا يطأها

ويجوز التوكيل ببيعه ولا يبيعه الوكيل إلا بشرط اهـ **قوله: (كاشتراط التدبير والاستيلاد إلخ)** قال الإتقاني رحمه اللّه: قال في شرح الطحاوي: إذا كان في الشرط منفعة للمعقود عليه وهو من أهل الخصومة نحو أن يبيع عبداً أو جارية بشرط أن لا يبيعه ولا يهبه ولا يخرجه عن ملكه، فإن هذا الشرط فيه منفعة للعبد لأن تداول الأيدي يشق على العبد والجارية، وكذلك إن اشترط التدبير والاستيلاد أو شرط العتق فالبيع لا يجوز، ولكن المشتري لو أعتقه لزمه الثمن في قول أبي حنيفة، وعند صاحبيه تجب عليه القيمة وأجمعوا أنه لو هلك في يده قبل الإعتاق لزمه القيمة، وكذلك لو باعه من رجل أو وهبه لرجل وجبت عليه القيمة ثم وجوب الثمن علامة الجواز، ووجوب القيمة علامة الفساد والحاصل عند أبي حنيفة أن العقد في الابتداء ينعقد على الفساد ثم ينقلب إلى الجواز بالعتق، وعندهما لا ينقلب وعليه القيمة إلى هنا لفظ الإمام الاسبيجابي وقال في التحفة: لو أعتقه قبل القبض لم ينفذ عتقه، وإن أعتقه بعد القبض عتق فانقلب البيع جائزاً استحساناً في قول أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد: لا ينقلب العقد جائزاً إذا أعتقه حتى تجب عليه قيمة العبد وروي عن أبي حنيفة مثل قولهما كذا في التحفة اهـ **قوله: (ولو أعتقه المشتري جاز البيع)** يعني لو باع عبداً بشرط أن يعتقه المشتري لا يجوز، فلو أعتقه المشتري ينقلب

فسد البيع عند أبي حنيفة لأن العقد لا يقتضيهما لأن قضيته إطلاق الانتفاع لا الحجر منه ولا الإلزام، وقال يوسف: صح في الأوّل لأن العقد يقتضيه وفسد في الثاني لأنه لا يقتضيه، وعند محمد صح فيهما لأن الثاني إن لم يقتضه العقد فلا يرجع نفعه إلى أحد فكان هذا شرطاً لا مطالب له فلا يؤدّي إلى النزاع فلا يفسد.

قال: (**أو إلا حملها**) أي لا يجوز بيع أمة إلا حملها لأن ما لا يصح إفراده بالعقد لا يصح استثناؤه منه، والحمل لا يجوز إفراده بالبيع فكذا استثناؤه **لأنه بمنزلة الأطراف** فكان شرطاً فاسداً وفيه منفعة للبائع فيفسد البيع، ثم استثناء الحمل في العقود على ثلاث مراتب في وجه يفسد العقد، **والاستثناء كالبيع والإجارة والكتابة والرهن** لأن هذه العقود تبطلها الشروط الفاسدة غير أن المفسد في الكتابة **ما يتمكن في صلب العقد** من الشروط أي ما يقوم به العقد حتى لو كاتب بشرط أن لا يخرج من البلد لا يفسد، وله أن يخرج لأن الكتابة تشبه البيع من حيث أن العبد مال في حق المولى وتشبه النكاح من حيث أنه ليس بمال في حق نفسه فعملنا بالشبهين في الحالين، وفي وجه

البيع جائزاً عند أبي حنيفة اهـ **قوله في المتن**: (**أو إلا حملها**) قال الإتقاني: والأصل هنا ما قال في شرح الطحاوي: أنه إذا استثنى من المعقود عليه ما يجوز إفراد العقد عليه جاز البيع في المستثنى منه، وإذا استثنى ما لا يجوز عليه العقد مفرداً بطل البيع في المستثنى منه بيانه أنه إذا قال: بعت منك هذه الصبرة إلا قفيزاً منها بدرهم فالبيع جائز في جميع الصبرة إلا قفيزاً فإنه استثنى ما يجوز إفراد العقد عليه، لأنه لو باع قفيزاً من الصبرة يجوز، ومثله لو قال: بعت منك هذا القطيع من الغنم إلا شاة منها بغير عينها بمائة درهم فالبيع فاسد لأنه استثنى ما لا يجوز إفراده بالعقد لأنه لو باع شاة من الجملة بغير عينها لم يجز، ولو قال: بعت منك هذا القطيع إلا هذه الشاة بعينها بمائة فالبيع جائز لأنه استثنى ما يجوز إفراده بالعقد، وكذلك الحكم في جميع العددي المتقارب والعددي غير المتقارب، ولذا لو باع حيواناً واستثنى ما في بطنها لا يجوز البيع لأنه استثنى ما لا يجوز إفراد العقد عليه لأن بيع ما في البطن لا يجوز كذا في شرح الطحاوي، وإنما لم يجز إفراد العقد على ما في البطن لأنه عليه الصلاة والسلام «نهى عن بيع الحبل»[1] وقد مر اهـ **قوله**: (**لأنه بمنزلة الأطراف**) أي لأنه متصل بالأم جملة، ألا ترى أنه يتغذى بغذائها وينقلب بانقلابها كسائر الأطراف فكان تبعاً في الدخول تحت العقد كالأطراف اهـ إتقاني. **قوله**: (**والاستثناء كالبيع والإجارة**) أي كمن آجر داره على جارية إلا حملها اهـ **قوله**: (**والكتابة**) أي كاتب عبده على جارية إلا حملها اهـ **قوله**: (**والرهن**) أي رهن جاريته إلا حملها اهـ **قوله**: (**ما يتمكن في صلب العقد**) صلب العقد ما كان راجعاً إلى البدل والمبدل لأن صلب الشيء ما يقوم به ذلك الشيء وقيام البيع

---

(١) تقدم تخريجه.

العقد جائز والاستثناء باطل كالهبة والصدقة والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد **فلا يبطل العقد ويبطل الاستثناء** ويكون الحمل تابعاً للأم في هذه العقود، ويصير هو حيث صارت هي، وفي وجه يجوز العقد والاستثناء وهو الوصية **حتى لو أوصى بجارية لإنسان إلا حملها صح**، وكذا لو أوصى بحملها لآخر صح لأن الوصية أخت الميراث والميراث يجري فيه، فكذا الوصية **بخلاف الخدمة** وفي العتق يتبعها الحمل ولو أعتق الحمل وحده لصح.

قال: (أو يستخدم البائع شهراً أو داراً على أن يسكن **أو يقرض المشتري درهماً** أو يهدي له أو يسلمه إلى كذا، **أو ثوباً على أن يقطعه** البائع ويخيطه قميصاً) لأن هذه

بالعوضين اهـ **قوله: (فلا يبطل العقد ويبطل الاستثناء)** أي لأن هذه العقود لا تبطل بالشروط الفاسدة اهـ هداية. **قوله: (حتى لو أوصى بجارية لإنسان إلا حملها صح)** أي وكان الحمل ميراثاً والجارية وصية للموصى له اهـ **قوله: (بخلاف الخدمة)** يعني إذا قال: أوصيت بهذه الجارية لفلان إلا خدمتها لا يصح استثناء الخدمة بل يبطل حتى تكون الجارية وخدمتها جميعاً للموصى له فإن قلت: يصح إفراد الخدمة بالعقد بأن أوصى بخدمة هذه الجارية تصح الوصية فيصح استثناؤها أيضاً، وأجيب بأن هذا عكس للقاعدة لا طرد لها فلا يلزمنا ولئن سلم فالوصية غير عقد اهـ ألا ترى أن القبول يصح من الموصى له بعد موت الموصي فلو كانت عقداً لم يصح لأن العقد لا يصح إلا بين اثنين، وكذلك يدخل الموصى به في ملك ورثة الموصى له بلا قبول إذا مات الموصي ثم مات الموصى له قبل القبول اهـ غاية. وكتب ما نصه: قال في الهداية: بخلاف ما إذا استثنى خدمتها لأن الميراث لا يجري فيها لأنها منفعة وإنما يصح الإرث في الأعيان اهـ **قوله: (أو يقرض المشتري درهماً)** قال الولوالجي في فتاواه ولو قال: بعتك هذه الدار بألف على أن يقرضني فلان الأجنبي عشرة دراهم فقبل المشتري ذلك البيع لا يفسد البيع لأنه لا يلزم العشرة الأجنبي، لأنه لو لزمه إنما تلزمه إما بطريق الضمان على المشتري أو بطريق الزيادة في الثمن لا وجه إلى الأوّل لأن هذه العشرة ليست في ذمة المشتري فكيف يتحملها الكفيل ولا وجه إلى الثاني، لأنه لم يقل على أني ضامن فإذا لم تلزم الأجنبي لا يفسد البيع ولا خيار للبائع لأن الخيار لو ثبت إنما يثبت إذا لم يسلم له ما شرط في البيع على المشتري، وهنا قد سلم له ما شرط في البيع على المشتري اهـ غاية. **قوله: (أو ثوباً على أن يقطعه)** قال الكمال قوله: ومن اشترى ثوباً على أن يقطعه البائع ويخيطه قميصاً أو قباء فالبيع فاسد بإجماع الأئمة الأربعة لأنه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد المتعاقدين، ولأنه يصير صفقتين في صفقة على ما مر من امتناع الصفقتين في صفقة إلا أن هذا على تقدير واحد وهو كون الخياطة يقابلها شيء من الثمن، فهو شرط إجارة في بيع، وما تقدّم كان كذلك على ذلك التقدير وعلى تقدير عدم المقابلة يكون إعارة في بيع اهـ وكتب ما نصه: وقال في الفتاوى

الشروط لا يقتضيها العقد وفيه منفعة لأحدهما فيفسد، **ولأنه إن كان بعض الثمن بمقابلة العمل المشروط** فهو إجارة مشروطة في بيع، وإن لم يكن بمقابلته شيء فهو إعارة مشروطة فيه «ونهى النبي ﷺ عن صفقة في صفقة»[١] **ولأن الأجل يختص بالديون** لأنه شرع للترفيه **حتى يتمكن من التحصيل** به دون الأعيان إذ هي حاصلة متعينة بالعقد فلا حاجة فيها إلى التأجيل فيكون اشتراطه مفسداً له.

قال: (**وصح بيع نعل** على أن يحذوه أو يشركه) وقال زفر رحمه اللّه: لا يجوز وهو القياس لأن فيه شرطاً لا يقتضيه العقد، وجه الاستحسان أن الناس تعاملوه وبمثله يترك القياس، **ولهذا أجزنا الاستصناع** واستئجار الصباغ والظئر والحمام، وإن كانت إجارة على استهلاك الأعيان.

قال: (**لا البيع إلى النيروز والمهرجان** وصوم النصارى وفطر اليهود إن لم يدر المتعاقدان ذلك) يعني **لا يجوز البيع إلى هذه الآجال لأنها مجهولة** فتفضي إلى المنازعة

الصغرى: إذا قال لآخر: بع عبدك من فلان على أن الثمن عليّ والعبد لفلان، حكي عن أبي الحسن الكرخي أنه يجوز لكن هذا خلاف ظاهر الرواية واستبعده أبو بكر الجصاص اهـ غاية. **قوله**: (**ولأنه إن كان بعض الثمن بمقابلة العمل المشروط**) أي وهو استخدام البائع المبيع وسكناه فيها اهـ **قوله**: (**ولأن الأجل يختص بالديون**) هذا تعليل لقوله، أو يسلم إليَّ، كذا يعني لو باع عيناً على أن لا يسلمه إياها إلى رأس الشهر فالبيع فاسد اهـ قال الإتقاني: واحترز بالعين عن المبيع إذا كان ديناً كالمسلم فيه فإن الأجل فيه صحيح اهـ **قوله**: (**حتى يتمكن من التحصيل**) أي بخلاف المبيع العين فإنه معين حاضر فلا فائدة في إلزامه تأخير تسليمه، إذ فائدته الاستحصال به وهو حاصل فيكون إضراراً بالبائع من غير نفع للمشتري اهـ كمال. **قوله في المتن**: (**وصح بيع نعل إلخ**) قد مشى القدوري على البيع فاسد، قال صاحب الهداية: ما ذكره يعني القدوري جواب القياس اهـ وكتب ما نصه قال الكمال: المراد اشترى أديماً على أن يجعله البائع نعلاً له فأطلق عليه اسم النعل باعتبار أوله إليه ويمكن أن يراد حقيقته، أي نعل رجل واحدة على أن يحذوها أي يجعل معها مثالاً آخر ليتم نعلاً للرجلين، ومنه حذوت النعل بالنعل أي قدرته بمثال قطعته ويدل عليه قوله أو يشركه فجعله مقابلاً لقوله: نعلاً ولا معنى لأن يشتري أديما على أن يجعل له شراكاً فلا بد أن يريد حقيقة النعل اهـ **قوله**: (**ولهذا أجزنا الاستصناع**) أي مع أنه بيع المعدوم اهـ فتح. **قوله في المتن**: (**لا البيع إلى النيروز والمهرجان**) قال الكمال: هو يوم طرف الربيع وأصله نوروز عرّب وقد تكلم عمر رضي اللّه عنه فقال: كل يوم لنا نور وزحين كان الكفار يبتهجون به، والمهرجان يوم في طرف الخريف معرب مهركان وقيل: هما عيدان للمجوس

---

(١) تقدم تخريجه.

وقالوا: إذا باع إلى فطر النصارى بعد ما شرعوا في صومهم جاز لأن مدة صومهم بالأيام **وهي معلومة**.

وقال: (وإلى قدوم الحاج والحصاد والقطاف والدياس) أي **لا يجوز البيع إلى هذه الآجال** لأنها تتقدم وتتأخر فتكون مجهولة وهذا لأن هذه الأشياء أفعال العباد فتثبت بحسب ما يبدو/ لهم والآجال شرعت بالأوقات قال الله تعالى: ﴿يسئلونك عن الأهلة قل هي مواقيت للناس﴾ [البقرة: ١٨٩] وكذا إلى الجزاز لما ذكرنا وهو جز الصوف وكذا إلى الجذاذ وهو بالذال المعجمة عام في قطع الثمار وبالمهملة خاص في النخل، والحصاد بفتح الحاء وكسرها قطع الزرع [ومثله القطاف][1] وقرئ بهما في قوله تعالى: ﴿وآتوا حقه يوم حصاده﴾ [الأنعام: ١٤١] والقطاف قطع العنب من الكرم، والدياس أن يوطئ الطعام الدواب.

[١٤٥/أ/٢]

قال: (ولو كفل إلى هذه الأوقات صح) لأن هذه جهالة يسيرة وهي متحملة في الكفالة لكونها تبرعاً فيجري التسامح فيها بخلاف البيع فإنه مبادلة المال بالمال فيكون مبناه على **المماكسة** والمضايقة، فإذا كانت يسيرة أمكن دفعها بأقصاها **بخلاف ما إذا كانت فاحشة كالكفالة إلى هبوب الريح**، لأن الكفالة تشبه النذر ابتداء لكونها التزاماً محضاً من غير أن يقابله شيء وفي النذر تتحمل الجهالة وإن كانت فاحشة وهي معاوضة انتهاء باعتبار الرجوع على المكفول عنه ولا تتحمل الجهالة في المعاوضات، وإن كانت يسيرة فعملنا بالشبهين في الحالين، ألا ترى أن الجهالة في

اهـ **قوله: (لا يجوز البيع إلى هذه الآجال لأنها مجهولة)** أي عندهما ومعرفة غيرهما لا تعتبر لأن الأجل حق لهما فإذا عرف ذلك جاز لارتفاع الجهالة لأنه معلوم عندهما اهـ غاية. **قوله: (وهي معلومة)** أي وهو خمسة وخمسون يوماً اهـ فتح. **قوله: (لا يجوز البيع إلى هذه الآجال)** أي لجهالة الأجل وعلم بهذا التعليل أن المراد بالمؤجل هنا هو الثمن لا المبيع، لأن مجرّد تأجيل المبيع مفسد ولو كان إلى أجل معلوم فلا يناسب تعليل فساد تأجيل المبيع لجهالة الأجل قاله الكمال ثم قال: واعلم أن كون التأجيل في الثمن يصح إذا كان الأجل معلوماً هو في الثمن الدين، أما لو كان الثمن عيناً فيفسد البيع بالأجل للمعنى الذي ذكرناه مفسداً لتأجيل المبيع اهـ والدياس وأصله الدواس بالواو لأنه من الدوس قلبت الواو ياء للكسرة قبلها اهـ كمال. **قوله: (المماكسة)** المماكسة استنقاض الثمن اهـ فتح. **قوله: (بخلاف ما إذا كانت فاحشة كالكفالة إلى هبوب الريح)** قال فخر الدين قاضيخان في شرح الجامع الصغير: ولو كفل إلى هذه الأوقات يجوز لأن الكفالة عقد تبرع ومبنى التبرع على المساهلة، ولهذا صحت الكفالة بالمجهول بأن قال: ما ذاب لك فلان على فلان فعليّ

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من المطبوع.

الكفالة تتحمل في أصل الدين حتى لو تكفل بما ذاب له علي فلان صح، فبالوصف وهو الأجل أولى بخلاف البيع حتى لا يصح بثمن مجهول أصلاً فكذا وصفه.

قال: (ولو أسقط الأجل قبل حلوله صح) أي لو باع إلى هذه الآجال ثم أسقط المشتري الآجال قبل أن يأخذ الناس في الحصاد والدياس وقبل قدوم الحاج جاز البيع، وقال زفر والشافعي رحمه الله: لا يجوز لأن العقد انعقد فاسداً فلا ينقلب صحيحاً بإسقاط المفسد، كما إذا أسقط الدرهم الزائد عن بيع الدرهم بالدرهمين، وكما إذا تزوّج امرأة إلى عشرة أيام ثم أسقط الأجل، ولنا أن المفسد شرط خارج عن صلب العقد وهو يسير، ولهذا اختلف الصحابة فيه فينقلب صحيحاً عند إزالته أو نقول: انعقد موقوفاً فبالإسقاط تبين أنه كان جائزاً على ما قاله مشايخنا هو الصحيح لأن فساده باعتبار أنه يفضي إلى المنازعة وقبل مجيئه لا منازعة فلا يفسد والأول قول مشايخ العراق، وعلى هذا الخلاف كل عقد ينقلب صحيحاً بإزالة المفسد ينعقد فاسداً عندهم وموقوفاً عند مشايخنا بخلاف الدرهم الزائد، لأن الفساد فيه في صلب العقد، **لأنه في أحد العوضين** وبخلاف الأجل في النكاح لأنه عقد غير النكاح وهو المتعة، والعقد لا ينقلب عقداً آخر وقوله: ولو أسقط الأجل قبل حلوله أي لو أسقطه من له الحق فيه وهو المشتري، لأن الأجل حقه فينفرد بإسقاطه ولا يشترط فيه التراضي وقول القدوري في مختصره: فإن تراضيا بإسقاط الأجل وقع اتفاقاً لا مخرج الشرط لأن رضا من له الحق يكفي **ولو باع مطلقاً ثم أجل الثمن إلى هذه الأوقات جاز** لأنه تأجيل الدين، والجهالة في تأجيل الدين متحملة لخلو العقد عن المفسد بخلاف ما إذا كانت في العقد، لأن الجهالة مقارنة له فيفسد.

قال: (**ومن جمع بين حر وعبد أو بين شاة ذكية وميتة بطل البيع فيهما**، وإن جمع

فجهالة الأجل فيها إذا كانت يسيرة مستدركة لا تمنع صحة الأجل، ولو كانت غير مستدركة كالكفالة إلى هبوب الريح، أو إلى أن تمطر السماء صحت الكفالة ولا يصح الأجل ويكون حالاً اهـ غاية. **قوله: (لأنه في أحد العوضين)** وروى علاء الدين العالم في طريقة الخلاف في أوّل كتاب البيوع أن بيع الدرهم بالدرهمين والقفيز بالقفيزين فاسد مفيد للملك عند اتصال القبض به كالبيع بثمن مجهول والبيع إلى أجل مجهول اهـ غاية. **قوله: (ولو باع مطلقاً ثم أجل الثمن إلى هذه الأوقات جاز)** قال الكمال: بخلاف ما إذا باع مطلقاً أي ذكر الأجل حتى انعقد صحيحاً ثم أجل الثمن إلى هذه الأوقات فإنه يجوز التأجيل بعد الصحة كالكفالة بتحمل الجهالة اليسيرة لأنه حينئذ تأجيل دين من الديون بخلافه في صلب العقد لأنه يبطل بالشرط الفاسد وقبول هذه الآجال شرط فاسد اهـ **قوله في المتن: (ومن جمع بين حر وعبد أو بين شاة ذكية وميتة إلخ)** قال صاحب الهداية: ومتروك التسمية عامداً كالميتة

بين عبد ومدبر أو بين عبده وعبد غيره أو بين ملك ووقف صح في القن وعبده والملك) أما الأول فالمذكور علي إطلاقه قول أبي حنيفة، وعندهما أن بين ثمن كل واحد منهما جاز في العبد والذكية وإلا فلا، لأنه إذا بين ثمنهما صارا صفقتين فيتقيد الفساد بقدر المفسد بخلاف ما إذا لم يسم لكل واحد ثمناً لأنه يبقى / بيعاً [١٤٥/أ/٢] بالحصة ابتداء وهو لا يجوز، **وله أن الصفقة متحدة** فلا يمكن وصفها بالصحة والفساد فتبطل، وهذا لأن الحر والميتة لا يدخلان في العقد لعدم شرطه وهو المالية فيكون قبول العقد في الحر والميتة شرطاً لجواز العقد في العبد والذكية فيبطل، **وأما الثاني** فهو قول علمائنا الثلاثة، وقال زفر: لا يصح لأن محل العقد المجموع ولا يتصور ذلك لانتفاء المحلية في المدبر ونحوه كأم الولد والمكاتب وقد جعل قبول العقد فيه شرطاً لصحة العقد في المال فيفسد كالفصل الأوّل، والفرق بين الفصلين لأبي حنيفة مطلقاً، ولهما إذا لم يفصل الثمن أن المدبر ونحوه يدخل تحت البيع ثم ينقض في حقه فينقسم الثمن عليهما حالة البقاء وهو غير مفسد، وفي الفصل الأوّل الحر ونحوه لا يدخل في البيع أصلاً، فلو جاز البيع فيما ضم إليه لكان بيعاً بالحصة ابتداء فلا يجوز لجهالة الثمن عند العقد بخلاف النكاح حيث يجوز نكاح المحللة فيما إذا ضم إليها المحرمة فعقد عليهما جملة لأن النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة ولا بجهالة المهر فيكون صحيحاً، **والدليل على أن المدبر وأم الولد والمكاتب وعبد الغير يدخل في البيع** أن القاضي لو قضى بجواز بيع المدبر وأم الولد ينفذ وفي المكاتب ينفذ برضاه في الأصح، وفي عبد الغير بإجازة مولاه ولولا أنهم مال، ولم يدخلوا في

اهـ فإن قلت متروك التسمية عامداً مجتهد فيه لأنه يحل عند الشافعي فكان ينبغي أن يكون حكمه كالمدبر، قلت: ذلك منه لم يعتبر اجتهاداً لكونه مخالفاً لنص كتاب الله وهو قوله تعالى: ﴿ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه﴾ [الأنعام: ١٢١]، فكان متروك التسمية كالميتة اهـ إتقاني. **قوله**: (**وله أن الصفقة متحدة**) أي بدليل أنه لا يملك القبض في أحدهما دون الآخر اهـ غاية. **قوله**: (**وأما الثاني إلخ**) يريد بالثاني ما إذا جمع بين عبد ومدبر لا ما إذا جمع بين عبده وعبد غيره فإنه لا خلاف لزفر فيه فكان على الشارح أن يفصل لكنه أخذ عبارة الهداية وفيها ما فيها اهـ **قوله**: (**والدليل على أن المدبر وأم الولد والمكاتب وعبد الغير يدخل في البيع**) اعلم أن بيع المدبر وأم الولد لا يجوز عندنا وقد مر بيانه في أول هذا الباب، أما إذا قضى القاضي بجواز بيع المدبر نفذ قضاؤه لأن قضاء القاضي ينفذ إذا لم يكن ثمة نص أو إجماع بخلافه، أما إذا قضى القاضي بجواز بيع أم الولد فهل ينفذ أم لا وهذه المسألة كانت مختلفاً فيها في الصدر الأول وكان عمر رضي الله عنه لا يجيز بيعها وكان علي يجيز بيعها ثم أجمع التابعون على عدم جواز البيع فيها، فإذا قضى القاضي بعد

العقد لما نفذ كما في الحر والميتة وإنما يخرجون من العقد بعد الدخول لاستحقاقهم **أنفسهم** في المدبر وأم الولد والمكاتب وفي عبد الغير لأجل مولاه فلا يكون بيعاً **بالحصة** ابتداء بل في حالة البقاء فلا يفسد، وفيما إذا جمع بين ملك ووقف روايتان **في رواية يفسد في الملك**، لأن البيع لا ينعقد على الوقف لأنه صار محرراً عن الملك **والتملك فصار** كما لو جمع بين حر وعبد ذكره الفقيه أبو الليث في نوازله، والأصح **أنه يجوز في الملك** لأن الوقف مال، ولهذا ينتفع به انتفاع الأموال غير أنه لا يباع **لأجل حق تعلق به**، **وذلك** لا يوجب فساد العقد فيما ضم إليه كالمدبر ونحوه **بخلاف المسجد حيث يبطل العقد** فيما ضم إليه لأنه ليس بمال، ولهذا لا ينتفع به **انتفاع الأموال فصار** كالحر، ولو باع قرية ولم يستثن المساجد والمقابر لم يصح **لما** ذكرنا، وقال في المحيط قيل: يصح في الملك وهو الأصح لأن البيع ينعقد على **الوقف لأنه مال متقوم**، ألا ترى أنه يضمن بالإتلاف وهذا مشكل فإن المسجد كالحر **على ما بينا** فكيف يجوز البيع فيما ضم إليه، ولا سبيل لهذا إلا إذا جعل استثناء **للمساجد** فيكون كأنه باعه غير مواضع المساجد والله أعلم.

(فصل) (قبض المشتري المبيع في البيع الفاسد بأمر البائع **وكل من عوضيه مال ملك المبيع** بقيمته) معناه أنه إذا قبضه ملكه ولزمه قيمته إذا كان القبض بأمر البائع، **وفي العقد** عوضان وكل واحد منهما مال ذكر في القبض **لأن قبله لا يفيد الملك**

ذلك بجواز بيعها هل يقع ذلك في موضع الإجماع أو في موضع الخلاف، وذلك بناء على **أن الإجماع المتأخر** هل يرفع الخلاف السابق أم لا فعند البعض لا يرفع الخلاف السابق ولا **ينعقد هذا الإجماع**، وعندنا ينعقد هذا الإجماع ويرتفع الخلاف السابق وقد استدل **صاحب التقويم** على هذا بقوله: وقد روى محمد بن الحسن عنهم جميعاً أن القاضي إذا **قضى ببيع أم الولد** لم يجز، وقد اختلف فيها الصدر الأول لأن الخلف بعدهم أجمعوا على **أنه لا يجوز** ولو بقي قول الماضي معتبراً كأنه حي لنفذ قضاء القاضي بما اختلف فيه **الفقهاء** إلى هنا لفظ التقويم[1]، وقال في فصول الإستروشني: وفي القضاء بجواز بيع أم **الولد** روايات وأظهرها أنه لا ينفذ، وفي قضاء الجامع أنه يتوقف على إمضاء قاض آخر وإن **أمضى ذلك القاضي** نفذ، وإن أبطل بطل وهذا أوجه الأقاويل إلى هنا لفظ الفصول اهـ **إتقاني. قوله**: وقد روى محمد بن الحسن عنهم، أي عن أبي حنيفة وأصحابه اهـ.

(فصل) لما ذكر البيع الفاسد ذكر حكمه عقيبه لأن حكم الشيء أثره وأثر الشيء يتبعه وجوداً فكذا تبعه ذكراً طلباً للمناسبة اهـ غاية. **قوله**: (**وكل من عوضيه مال ملك المبيع**

---

(١) اسمه تقويم الأدلة في الأصول للإمام القاضي أبي زيد عبيد الله بن عمر الدبوسي الحنفي المتوفى سنة (٤٣٠هـ). كشف الظنون (١/٤٦٧).

وذكر البيع الفاسد احترازاً عن الباطل، فإنه لا يفيد الملك وشرط أن يكون القبض بامر البائع **والمراد به إذنه** لأنه بغير إذنه لا يفيد الملك على ما عرف ولا بدله من إذن صريح بعد الافتراق وقبله في المجلس يكتفي بالدلالة، لأن البيع تسليط منه على القبض إذ مراده أن يتملك المشتري ولا يكون ذلك إلا بالقبض فكان ذلك تسليطاً منه عليه، كما في الهبة بخلاف البيع الصحيح فإن الإيجاب فيه لا يكون تسليطاً منه على القبض لأن مقصوده وهو التمليك يحصل بدونه فلا حاجة إلى إثباته هذا إذا لم يقبض البائع الثمن أو قبضه/ وهو مما لا يملك بالقبض كالخمر والخنزير وإن كان مما [١٤٦/١/٢] يملك به وقبضه كان إذناً منه بالقبض دلالة فلا يحتاج فيه إلى التصريح به، وإن كان بعد المجلس وشرط أن يكون في العقد عوضان كل واحد منهما مال ليتحقق ركن البيع، وهو مبادلة المال بالمال ليخرج عنه البيع بالميتة ونحوه **والبيع مع نفي الثمن** في رواية بخلاف البيع مع السكوت حيث ينعقد فاسداً وقوله: **ملك المبيع بقيمته** يعني قيمته يوم القبض لأنه به دخل في ضمانه وعند محمد تعتبر قيمته يوم أتلفه لأنه به يتقرر عليه إذا كان المبيع من ذوات القيم، **وإن كان من ذوات الأمثال ملكه بمثله إذ هو**

إلخ) ومعلوم إذا لم يكن فيه خيار شرط لأن ما فيه من الصحيح لا يملك بالقبض فكيف بالفاسد، ولا يخفى أن لزوم القيمة عيناً إنما هو بعد هلاك المبيع في يده، أما مع قيامه في يده فالواجب رده بعينه اهـ كمال. **قوله: (لأنه قبله لا يفيد الملك)** أي بالاتفاق اهـ غاية. **قوله: (والمراد به إذنه)** ثم الإذن قد يكون صريحاً وقد يكون دلالة فالأول كما إذا قبضه المشتري بإذن البائع صريحاً بأن يأمره بالقبض سواء قبضه بحضرته أو غيبته، والثاني كما إذا قبض المشتري عقيب البيع ولم يوجد النهي من البائع فيملكه أيضاً، كما إذا وجد الإذن صريحاً استحساناً اهـ إتقاني. **قوله: (والبيع مع نفي الثمن)** في رواية قال الولوالجي في فتاواه: إذا باع بغير ثمن فيه روايتان في رواية ينعقد، وفي رواية لا ينعقد وأجمعوا أنه إذا سكت عن ذكر الثمن ينعقد إلى هنا لفظه رحمه الله، وقال في الإيضاح: لو باعه وسكت عن ذكر الثمن فالبيع ينعقد ويثبت الملك إذا اتصل به القبض لأن مقتضى البيع يقتضي المعاوضة بالقيمة، فإذا سكت عن الثمن كان عوضه قيمته فيصير كأنه قال: بعت بالقيمة وهكذا جميع البيعات الفاسدة تكون مضمونة بالقيمة، بخلاف ما إذا قال: بعت بغير ثمن لأنه لما نفى الثمن لم يمكن إثبات المعاوضة بمقتضى البيع لأنه لا عبرة للمقتضى مع التصريح بخلافه، وإذا لم تثبت المعاوضة لم يكن بيعاً، وقال في التحفة: لوقال بعت منك هذا العبد ولم يذكر الثمن ينعقد البيع بالقيمة ولو قال: بعت منك هذا العبد بقيمته فكذلك، وقال صاحب الإيضاح: لو قال أبيعك بالكعبة أو بالريح لم يملك بالقبض لأنه لم يسم مالاً اهـ إتقاني. **قوله: (ملك المبيع بقيمته إلخ)** ولو زادت قيمته في يده فأتلفه لأنه إنما

الأعدل لكونه مثلاً له صورة ومعنى فلا يعدل عنه مع إمكانه **كما في الغصب**، وهذا على قول مشايخ بلخ، وقال مشايخ العراق: لا يملك العين وإنما يملك فيها التصرف خاصة بحكم تسليط البائع عليه استدلالاً بما قال محمد رحمه الله: وإنما جاز بيعه لأن البائع سلطه على ذلك، وقال أيضاً: من اشترى داراً شراءً فاسداً فلا شفعة للشفيع فيها ولو ملكها المشتري لأخذها الشفيع، وكذا لو اشترى جارية **لا يحل له وطؤها** ولو وطئها يجب عليه العقر إذا رفع الفساد وردها إلى البائع، **ولو ملكها لحل** ولم يجب العقر لمصادفته ملكه كالأمة الموهوبة يحل له وطؤها ولا يجب عليه العقر إذا رجع الواهب فيها، وكذا لو ربح المشتري فيها لا يطيب له الربح ولو ملكها لطاب، وكذا لا يحل له أكل طعام اشتراه شراء فاسداً ولو ملكه لحل وجه القول الأوّل وهو الأصح أن الأب أو وصيه لو باع عبداً للصغير بيعاً فاسداً فأعتقه المشتري نفذ عتقه، وكان الولاء له ولو لم يملكه لما نفذ لأن الأب والوصي لا يملكان الإعتاق ولا التسليط عليه، **وكذا لو اشترى داراً شراءً فاسداً** فبيعت بجنبها دار أخذها المشتري بالشفعة ولو لم يملكها لما استحق الشفعة، **وكذا لو اشترى جارية** وردها على البائع يجب عليه الاستبراء ولو لم يخرج عن ملكه لما وجب، **وإنما لم تحل له التصرفات من الوطء والأكل** ولم تجب الشفعة فيها لأن الاشتغال بالوطء ونحوه إعراض عن الرد وهو واجب شرعاً، وفي قضاء القاضي بالشفعة تأكيد الفساد وتقريره، وما ذكره محمد رحمه الله من التسليط لا يدل على أنه لا يملكه؛ إذ المشتري يتصرف في المبيع بتسليط البائع بسبب تمليكه إياه، وقال الشافعي رحمه الله: لا يملك بالفاسد العين ولا التصرف

دخل في ضمانه بالقبض فلا يتغير كالغصب اهـ كمال. **قوله: (وإن كان من ذوات الأمثال ملكه بمثله إلخ)** قال الكمال: ومنها أي ذوات الأمثال العدديات المتقاربة، ثم قال والقول في القيمة والمثل قول المشتري لأنه الضامن، فالقول له في القدر والبينة فيه بينة البائع اهـ **قوله: (كما في الغصب)** أي وإنما لم يلزم الثمن حتى لا يلزم تقرير البيع الفاسد اهـ إتقاني. **قوله: (لا يحل له وطؤها)** عزاه الإتقاني. إلى شرح الطحاوي، ثم قال: وذكر شمس الأئمة الحلواني يكره الوطء ولا يحرم، كذا في الفتاوى الصغرى فعلى هذا يحمل على عدم الطيب ما ذكره في شرح الطحاوي من عدم الحل اهـ **قوله: (ولو ملكه لحل)** قال الفقيه أبو الليث: هذا ليس بصحيح بل المشتري يملك عين المبيع في قول علمائنا اهـ إتقاني. **قوله: (وكذا لو اشترى داراً شراءً فاسداً)** أي وقبضها اهـ إتقاني. **قوله: (وكذا لو اشترى جارية)** أي فقبضها اهـ إتقاني. **قوله: (وإنما لم تحل له التصرفات من الوطء والأكل)** قال الإتقاني نقلاً عن الفقيه أبي الليث: وإنما لم يجز للمشتري أن يطأها لأنه وجب عليه ردها كيلا يكون مصراً على المعصية فاشتغاله بالوطء إعراض عن الرد فلهذا المعنى لم يجز وطؤها لا لعدم الملك،

وإن قبضه لأنه محظور لكونه منهياً عنه، **والنهي يقتضي التحريم والملك نعمة** لكونه ذريعة إلى قضاء المآرب، ووسيلة إلى تحصيل المطالب، فلا يناط به إذ لا يلائمه والملائمة شرط بين الأثر والمؤثر، **ولأن النهي نسخ للمشروعية** للتضاد بين كونه مشروعاً وبين كونه منهياً عنه لأن النهي يقتضي قبحه والمشروعية تقتضي حسنه وبينهما تناف فكان باطلاً، ألا ترى أنه لا يقيده قبل القبض وبه تزداد الحرمة والفساد فأنّى يثبت له الملك فيه **فصار كالميتة** وبيع الخمر بالدرهم، **ولنا أن ركن البيع صدر من أهله** مضافاً إلى محله فوجب القول بانعقاده، ولا خفاء في الأهلية والمحلية وركنه

وإنما لم تجب فيها الشفعة لأن حق البائع لم ينقطع عنها اهـ **قوله: (والنهي يقتضي التحريم والملك نعمة إلخ)** قال الكمال رحمه الله: قوله نعمة الملك لا تنال بالمحظور، قلنا: ممنوع بل ما وضعه الشرع سبباً بحكم إذا نهى عنه على وضع خاص ففعل مع ذلك الوضع رأينا من الشرع أنه أثبت حكمه وإثمه أصله الطلاق وضعه لإزالة العصمة، ونهى عنه بوضع خاص وهو ما إذا كانت المرأة حائضاً ثم رأيناه أثبت حكم طلاق الحائض فأزال به العصمة حتى أمر ابن عمر بالمراجعة دفعاً للمعصية بالقدر الممكن، وأثم المطلق فصار هذا أصلاً في كل سبب شرعي نهى عن مباشرته على الوجه الفلاني إذا بوشر معه يثبت حكمه ويقضى به اهـ **قوله: (ولأن النهي نسخ للمشروعية)** يعني يفيد انتفاءها مع الوصف فنقول: ما نريد بانتفاء مشروعية السبب كونه لم يؤذن فيه مع ذلك الوصف أو كونه لا يفيد حكمه إن أردت الأول سلمناه ومنعنا أنه مع ذلك لا يفيد حكمه مع الوصف المقتضي للنهي كما أريناك من الشرع، وإن أردت الثاني فهو محل النزاع وهو حينئذ مصادرة حيث جعلت محل النزاع جزء الدليل لا يقال: فلا فائدة للنهي حينئذ لأن فائدته التحريم والتأثيم وهو موضع للنهي فإنه للتحريم أو لكراهة التحريم إذا كان في الثبوت، وهذا بخلاف ما إذا لم يكن الثابت ركن العقد بأن لم يكن مالاً بأن عقد على الخمر أو الميتة لعدم الركن فلم يوجد السبب أصلاً فلا يفيد الملك فوضعنا الاصطلاح على الفاسد والباطل باعتبار اختلاف حكمهما تمييزاً فسمينا ما لا يفيد حكمه باطلاً، وما يفيده فاسداً أخذاً من مناسبة لغوية تقدّمت أول باب البيع الفاسد، ولا خفاء في حسن هذا التقرير إن شاء الله تعالى وكفايته. اهـ وكتب ما نصه: والمراد أن النهي يتضمن انتفاء المشروعية، ولهذا أي كونه غير مشروع لا يفيد الملك قبل القبض، ولو كان مشروعاً لثبت قبله كما في البيع الصحيح اهـ كمال. **قوله: (فصار كالميتة)** أي البيع بالخمر والخنزير كالبيع بالميتة أو الدم أو بيع الخمر بالدراهم اهـ إتقاني. **قوله: (ولنا أن ركن البيع صدر من أهله إلخ)** ولنا أن عائشة رضي الله عنها اشترت بريرة وشرطت الولاء لمولاها وقبضتها فأعتقتها فأجازها النبي ﷺ وأمضى البيع فلو لم يصح البيع لم يجز رسول الله ﷺ إعتاقها، ولأن البيع بالخمر والخنزير منعقد لوجود الركن من الأهل مضافاً إلى المحل، أما الركن فقد حصل لوجود مبادلة المال بالمال، وأما

مبادلة المال بالمال وفيه الكلام والنهي عن الأفعال الشرعية يقرّر المشروعية عندنا بخلاف النهي عن الأفعال الحسية، لأن النهي يقتضي التصور ولهذا لا يقال للأعمى لا تبصر ولا للإنسان لا تنظر لعدم التصور منه فإذا كان من شروطه التصور فتصور الأفعال الشرعية بالشرع، فإذا لم تكن مشروعة لم تكن متصورة فيبطل النهي، إذ حقيقة النهي تصرف في المكلف / بالمنع مع قيام المنهي عنه وهو المحل على حاله [١٤٦/ب/٢] فاقتضى وجوده ووجوده بالشرع، فصارت مشروعه ضرورة صحة النهي والأفعال الحسية متصورة بذاتها فلا ضرورة إلى جعلها مشروعة، وهذا بخلاف النسخ فإنه تصرف في المحل بإزالته من غير تعرض للمكلف فكانا في طرفي نقيض فلا يمكن حمل أحدهما على الآخر، وتحقيق هذا أن النهي عن العقود الشرعية لا يخرجها من أن تكون مشروعة وإنما يحرم مباشراتها وتحصيل الحكم بذلك السبب مع بقائه سبباً له عندنا كما إذا كان النهي لمعنى في غيره كالبيع عند أذان الجمعة فإنه مشروع على حاله مفيد لحكمه غير أنه محظور ولا يقال: البيع عند الأذان منهي عنه لغيره، وفيما نحن فيه لمعنى في نفسه فلا يقاس عليه ما ليس في معناه لأنا نقول: النهي فيهما لمعنى في

الأهل فلأن العاقد حر عاقل بالغ، وأما المحل فلأن المبيع والثمن مال من وجه لميلان طباع الناس إلى الخمر والخنزير غير أنه ليس بمتقوم لإهانة الشرع، فلما كان الثمن مالاً من وجه دون وجه لم يبطل البيع بل فسد فكان أصل البيع منعقداً واشترط القبض لإثبات الملك، لأن السبب وجد ضعيفاً فصار كالهبة، وإنما النهي ورد لا لمعنى في عين المبيع بل لمعنى في غيره مجاور لم يكتب المحشي. **قوله**: (**وفيه الكلام**) أي الكلام مفروض فيما إذا كان في العقد عوضان هما مالان اهـ كمال. **قوله**: (**والنهي عن الأفعال الشرعية يقرر المشروعية عندنا**) قال الكمال رحمه اللّه: فأما قول المصنف رحمه اللّه وغيره من المشايخ النهي يقرر المشروعية لاقتضائه التصور يريدون أن النهي عن الأمر الشرعي يقرر مشروعيته لأن النهي عن الشيء يقتضي تصور المنهي عنه وإلا لم يكن للنهي فائدة فليس بذاك، لأن كونه يقتضي تصور المنهي عنه يعني إمكان فعله مع الوصف المثير للنهي لا يفيد لأنه إذا فعل هذا المتصور يقع غير مشروع، وإن أرادوا تصوراً شرعياً أي مأذوناً فيه شرعاً فممنوع فإن قالوا: نريد تصوره مشروعاً بأصله لا مع هذا الوصف الذي هو مثير النهي، قلنا: سلمناه ولكن الثابت في صورة النهي هو المقرون بالوصف فهو غير مشروع معه، والمشروع وهو أصله بمعنى البيع مطلقاً عن ذاك الوصف غير الثابت هنا فلا فائدة في هذا الكلام أصلاً، إذ نسلم أنه مشروع بأصله أعني ما لم يقرن بالوصف وهو مفقود فلا يجدي شيئاً، وحينئذ فقوله: فنفس البيع مشروع وبه تنال نعمة الملك يقال: عليه ما تريد بنفس البيع الذي ليس فيه الوصف الذي هو متعلق النهي، أو ما فيه إن قلت: الذي ليس فيه سلمنا وبه تنال نعمة

غيره لكن ذلك الغير في المستشهد به منفصل عنه مجاور له، وفيما نحن فيه متصل به وصفاً فكان النهي فيهما لمعنى في غيره، ألا ترى أنه لولا الشرط لجاز العقد غاية الأمر أن الوصف أقوى اتصالاً من المجاورة، وذلك لا يوجب عدم المشروعية فكان مشروعاً بذاته غير مشروع بوصفه، **وظهر أثر القوّة** في انعقاده فاسداً **لا يفيد الملك إلا بالقبض**، وهذا لأنه لو أوجب الملك قبله لثبت بلا عوض إذ المسمى لا يجب للفساد وضمان القيمة لا يجب إلا بالقبض، ولأنه واجب الرفع بعد القبض للفساد المتصل به فوجوب الامتناع عن المطالبة أولى وذلك لعدم الملك، ولأن ثبوت الملك به قبل القبض يؤدّي إلى تقرير الفساد من حيث أن كلاً منهما يجب عليه تسليم ملك غيره وبالقبض يتقرر العقد، وقوله: وبينهما تنافٍ قلنا: لا تنافي إذا جعل مشروعاً من وجه دون وجه على ما بينا، والميتة ليست بمالٍ في حق أحد فانعدم الشرط، وإذا باع الخمر بالدراهم فقد جعلها مثمناً وهي لا تجب بالعقد فلو انعقد لوجبت قيمتها لتعذر تسليمها والقيمة لا تصلح مثمناً وإنما تكون ثمناً إذ لا عهد لنا في الشرع أن تكون القيمة مبيعاً في صورة من البياعات.

قال رحمه اللّه: (ولكل منهما فسخه) يعني على كل واحد منهما فسخه لأن رفع الفساد واجب عليهما واللام تكون بمعنى على، قال اللّه تعالى: ﴿وإن أسأتم فلها﴾ [الاسراء: ٧] أي: فعليها ويتمكن كل واحد منهما من الفسخ قبل القبض بعلم صاحبه **لأن البيع الفاسد لا يفيد الملك قبل القبض** فكان بمنزلة البيع الذي فيه

الملك لكن الثابت البيع الذي ليس كذلك وهو ما فيه الوصف المثير للنهي، فلا تنال به نعمة الملك فيحتاج إلى ما قررناه من منع أن السبب إذا كان مع النهي لا يفيد الملك إلى آخر ما ذكرنا، وأما قوله: إنما المحظور ما يجاوره كما في البيع وقت النداء فالمراد أن يجمع بين ما نحن فيه وبين البيع وقت النداء في ثبوت الملك عند عدم كون النهي لعين المنهي عنه، كما إذا كان مع عدم ثبوت الركن وإلا فالنهي للمجاور يفيد الكراهة لا الحظر والنهي للوصف اللازم كما نحن فيه يفيد الحظر إلا أني أقول وباللّه التوفيق: مع ذلك إن الخمر والخنزير ليسا بمال في شريعتنا، فإن الشارع أهانهما بكل وجه حتى لعن حاملها ومعتصرها مع أنها مفقودة حال الاعتصار بل الموجود حينئذٍ نية أن يصير خمراً وبائعها وآكل ثمنها وهي مال في شرع أهل الكتاب على زعمهم وحيث أمرنا أن نتركهم وما يدينون فقد أمرنا باعتبار بيعهم إياها وبيعهم بها، فإذا كان أحد العوضين خمراً أو خنزيراً في بيع المسلم فهو باطل لا يفيد الملك في البدل الآخر وإن كان ثمناً وإن كان في بيعهم فصحيح واللّه أعلم اهـ **قوله**: (**وظهر أثر القوة**) أي أثر قوة الاتصال اهـ **قوله**: (**لا يفيد الملك إلا بالقبض**) صفة للنكرة قبله وهو فاسد اهـ **قوله**: (**لأن البيع الفاسد لا يفيد الملك قبل القبض**)

الخيار فكان كل واحد منهما بسبيل من فسخه من غير رضا الآخر، لكنه يتوقف على علمه لأن فيه إلزام الفسخ له فلا يلزمه بدون علمه، وأما بعد القبض فإن كان الفساد في صلب العقد **بأن كان راجعاً إلى أحد البدلين** كالبيع بالخمر أو الخنزير **فكذلك ينفرد أحدهما بالفسخ** لقوّة الفساد، **وإن كان الفساد** لشرط زائد بأن باع إلى أجل مجهول أو غيره مما فيه منفعة لأحد المتعاقدين يكون لمن له منفعة الشرط الفسخ دون الآخر عند محمد، لأن منفعة الشرط إذا كانت عائدة إليه كان قادراً على تصحيحه بحذف الشرط فكان في حقه بمنزلة الصحيح لقدرته عليه، فلو فسخ الآخر لأبطل حقه عليه، وعندهما لكل منهما فسخه لأنه مستحق النقض حقاً للشرع فانتفى اللزوم عن العقد ومن له النفع قادر على تصحيحه بالحذف أو الكلام على ما قبل التصحيح فيفسخه بعلم / صاحبه في الكل، وعند أبي يوسف لا يشترط علمه. [١٤٧/أ/٢]

قال: (**إلا أن يبيع المشتري أو يهب** أو يحرر أو يبني) أي: إذا تصرف فيه هذه التصرفات ليس لواحد منهما أن يفسخ لأن المشتري ملك المبيع بالقبض فينفذ فيه تصرفاته كلها وينقطع به حق البائع في الاسترداد سواء كان تصرفاً يقبل الفسخ أو لا

أي فيكون الفسخ قبل القبض امتناعاً من الحكم اهـ إتقاني. **قوله**: (**بأن كان راجعاً إلى أحد البدلين**) إذ صلة الشيء ما يقوم به ذلك الشيء وقيام البيع هو بالعوضين اهـ **قوله**: (**فكذلك ينفرد أحدهما بالفسخ**) أي بحضرة صاحبه عندهما وعند أبي يوسف ينفسخ بحضرة صاحبه، وبغير حضرته نظيره بيع درهم بدرهمين وبيع ثوب بخمر اهـ إتقاني. **قوله**: (**وإن كان الفساد**) أي غير قوي بأن كان ذلك إلخ اهـ إتقاني. **قوله في المتن**: (**إلا أن يبيع المشتري أو يهب إلخ**) قال القدوري في مختصره: فإن باع المقبوض بإذن البائع المشترى شراء فاسداً نفذ وليس للبائع الأول الاسترداد، قال أبو جعفر الطحاوي في مختصره: فإن أخرجه ببيع أو تمليك منه إياه غيره جاز ما فعل من ذلك وكان عليه قيمته يوم قبضه لبائعه، وجملة القول فيه ما قاله في شرح الطحاوي بقوله: ولو تصرف فيه المشتري. ببيع أو صدقة أو هبة أو أخرجه المشتري من ملكه بوجه من الوجوه صح تصرفه إذا كان تصرفه بعد ما قبضه بإذن البائع، وليس للبائع إبطاله وعلى المشتري القيمة أو المثل إن كان مثلياً ويطيب ذلك الملك الثاني لأنه ملك بعقد صحيح بخلاف المشتري الأول، لأنه لا يحل له ولا يطيب لأنه ملكه بعقد فاسد بخلاف ما إذا دخل دار الحرب بأمان فأخذ مال حربي بغير طيب نفسه فأخرجه إلى دار الإسلام ملكه، ولكن لا يطيب له ويفتى بالردّ ولا يقضي به، ولو باعه صح بيعه ولا يطيب أيضاً للمشتري كما لا يطيب للأول بخلاف البيع الفاسد أو لو كان المبيع عبداً فأعتقه المشتري أو دبره صح عتقه وتدبيره وكذلك لو كانت جارية واستولدها صارت أم ولد له ويغرم القيمة ولا يغرم العقر في رواية كتاب البيوع وإحدى الروايتين في

يقبله إلا الإجارة والنكاح، فإنهما لا يقطعان حق البائع في الاسترداد لأن الإجارة عقد ضعيف يفسخ بالأعذار وفساد الشراء عذر فيفسخ **والنكاح لا يمنع فسخ البيع فيفسخ، ويردّ على البائع**، والنكاح على حاله وما عداهما من التصرفات يقطع حق الاسترداد لأنه تعلق به حق العبد والفسخ حق الشرع وما اجتمع حق اللّه وحق العبد إلا وقد غلب حق العبد لحاجته. وغناء اللّه بخلاف حق الشفعة، حيث ينتقض فيه تصرف المشتري لأنه حق العبد فكان أولى بالشفعة، ولأنه بالعتق قد هلك فيجب قيمته والبيع الثاني مشروع بأصله ووصفه، والأوّل مشروع بأصله دون وصفه فكان الثاني أولى بالاعتبار، وكذا الهبة مشروعة بأصلها ووصفها فكانت أولى، **ولأن تصرف المشتري قد حصل بتسليط البائع فلا ينتقض** بخلاف الشفيع حيث ينقض تصرف المشتري لعدم التسليط منه والكتابة والرهن نظير البيع، لأنهما لازمان إلا أنه إذا عجز المكاتب أو فك الرهن يعود حتى الاسترداد لزوال المانع، وكذا لو رجع في الهبة عاد

كتاب الشرب، وفي رواية أخرى في كتاب الشرب عليه العقر ولو كاتب صحت الكتابة، وليس للبائع إبطاله، ولكنه إذا أدّى الكتابة عتق وتقرر على المشتري ضمان القيمة فإن عجز ورد رقيقاً ينظر إن كان العجز قبل أن يقضي بالقيمة على المشتري يرد العبد على البائع، وإن كان بعد ما قضى عليه بالقيمة فلا سبيل للبائع على العبد، وكذلك لو كان المشتري رهن المبيع صح الرهن وليس للبائع إبطاله وإن فكه المشتري قبل أن يقضي عليه بالقيمة فإنه يرد على البائع، وإن فكه بعد ما قضى عليه بالقيمة فلا سبيل له على البائع، وإن أجره المشتري صحت الإجارة غير أنه للبائع أن يبطل الإجارة ويسترد المبيع، لأن الإجارة مما تفسخ بالعذر وفساد البيع صار عذراً في فسخ الإجارة إلى هنا لفظ شرح الطحاوي اهـ إتقاني. وكتب ما نصه قال الإتقاني: وينبغي لك أن تعلم أن تصرف المشتري وإن كان نافذاً يكره وبه صرح الكرخي في مختصره، وذلك لأن الفسخ مستحق حقاً لله تعالى لأن عدم الفساد واجب والتصرف فيه تقرير الفساد. اهـ **قوله: (والنكاح لا يمنع فسخ البيع فيفسخ ويرد على البائع)** قال في التحفة: ولو زوّجها من إنسان بعد القبض فإن النكاح لا يمنع الفسخ والنكاح بحاله لأنه زوّجها وهي مملوكة له، ثم قال فيه: ولو أوصي بالعبد المبيع بيعاً فاسداً فإنه يفسخ، لأن الوصية مما يحتمل الرجوع، ولو مات الموصي قبل الفسخ يسقط الفسخ لأن الملك انتقل إلى الموصى له فصار كالبيع، ولو مات المشتري شراء فاسداً فورثه البائع فللبائع حق الفسخ، وكذا للورثة لأن الوارث يقوم مقام المورث في حق الفسخ ولهذا يرد بالعيب بخلاف الموصى له اهـ غاية. **قوله: (ولأن تصرف المشتري قد حصل بتسليط البائع فلا ينتقض)** فإن قلت: هذا المعنى وهو التسليط وجد قبل بيع المشتري أيضاً ومع هذا لكل واحد من المتعاقدين فسخه إعداماً للفساد فانتقضت العلة إذا قلت معناه

حق الاسترداد سواء كان بقضاء أو بغير قضاء **لأنه يعود إليه قديم ملكه في الوجهين، وبالرد بالعيب** يعود حق الاسترداد لما ذكرنا، وهذا كله إذا عاد المبيع إلى ملك المشتري بما يكون فسخاً قبل قضاء القاضي بالقيمة على المشتري، وإن كان بعده لا يعود حق الاستراداد لأنه قد تم لزوم القيمة بقضاء القاضي فلا ينتقض قضاؤه بعد ذلك كالعبد المغصوب إذا أبق ثم عاد بعد ما قضى على الغاصب بالقيمة، وتعلق حق الوارث به لا يمنع حق الاسترداد لأن ملك الوارث خلافه فكان في حكم عين ما كان للمورث، ولهذا يرد بالعيب فيما إذا اشتراه المورث ويرد عليه خلاف ملك الموصى له على ما عرف في موضعه وقوله: **أو يبني** أي ينقطع حق الاسترداد ببناء المشتري في العقار المشترى شراء فاسداً، وهذا عند أبي حنيفة وعندهما لاينقطع وعلى هذا الخلاف الغرس لهما أن حق البائع في الاسترداد **أقوى من حق الشفيع** في الأخذ حتى يحتاج في الأخذ بالشفعة إلى القضاء وتبطل بالتأخير ولا تورث بخلاف حق البائع ثم حق الشفعة مع ضعفه لا يبطل بالبناء والغرس فهذا أولى وله أن البناء والغرس حصل بتسليط البائع، وهو مما يقصد به الدوام فينقطع حقه في الاسترداد كالبيع بخلاف حق الشفيع لأنه لم يوجد منه التسليط، ولهذا لا يسقط ببيع المشتري وهبته، فكذا بناؤه **وشك يعقوب في حفظ الرواية عن أبي حنيفة** ونص محمد رحمه الله أن للشفيع أن يأخذ العقار المشترى شراء فاسداً بالشفعة إذا بنى المشتري فيه عنده والبيع الفاسد لا يجب فيه الشفعة ما دام حق الاسترداد باقياً فلما وجبت فيه الشفعة عنده علم أن حق البائع في الاسترداد قد انقطع عنده وهذا ظاهر فإذا أخذه الشفيع يأخذه بالقيمة، كما

حصل بتسليط من جهة البائع وقد تعلق به حق الثالث فبطل السؤال اهـ غاية. **قوله: (لأنه يعود إليه قديم ملكه في الوجهين)** أي وعليه الاستبراء لأن بالرجوع والقبض استحدث ملك الوطء اهـ آخر بيوع فتاوى الولوالجي اهـ **قوله: (وبالردّ بالعيب)** أي قبل القبض أو بعده بقضاء لأن به يعود قديم الملك لا بغيره اهـ **قوله: (أو يبني)** لفظ محمد في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل باع رجلاً داراً بيعاً فاسداً فقبضها المشتري فبنى فيها قال: ليس للبائع أخذها ولكنه يأخذ قيمتها ثم شك في هذه المسألة بعد ذلك وقال يعقوب ومحمد: ينقض البناء وترد الدار على صاحبها إلى هنا لفظ محمد قال الكرخي في مختصره: إن كان المبيع أرضاً فبنى فيها المشتري فهذا استهلاك عند أبي حنيفة وليس للبائع نقض البيع وقال أبو يوسف ومحمد: للبائع نقض البيع اهـ **قوله: (أقوى من حق الشفيع)** أي في الشراء الصحيح اهـ إتقاني. **قوله: (وشك يعقوب في حفظ الرواية عن أبي حنيفة)** قالوا في شروح الجامع الصغير: وأما شك يعقوب في الرواية فالمراد أنه سمع منه أم لا حتى قال مشايخنا لا خلاف فيه ولكن ذكر الخلاف في كتاب الشفعة وغيره من غير

[١٤٧ب/٢] إذا باعه المشتري فإنه يأخذه بالقيمة إن اختار الأخذ بالبيع الأوّل / ونقض الثاني، وإن شاء أخذه بالبيع الثاني بثمنه لأنه بيع صحيح فأمكن إيجاب ثمنه فإذا أخذه هنا بالشفعة نقض البناء والغرس كما يفعل في البيع الصحيح، ولا يقال: إذا نقض المشتري البناء عاد حق الاسترداد لزوال المانع لأنا نقول: ينقضه بعدما دخل في ملكه وملكه مانع من الاسترداد ثم الأصل فيه أن المشتري متى فعل بالمبيع فعلاً ينقطع به حق المالك في الغصب ينقطع به حق البائع في الاسترداد، كما إذا كان حنطة فطحنها ولو صبغ الثوب، روي عن محمد أن البائع بالخيار إن شاء أخذه وأعطى ما زاد فيه الصبغ وإن شاء ضمنه قيمته كما في الغصب.

قال (وله أن يمنع المبيع عن البائع حتى يأخذ الثمن منه) يعني إذا تفاسخا بعد قبض العوضين كان للمشتري أن يحبس المبيع حتى يردّ البائع الثمن الذي قبضه لأن المبيع مقابل به **فيصير محبوساً به كالرهن** وأقرب منه المبيع **وإن مات البائع فالمشتري أحق به** حتى يستوفي الثمن لأنه يقدّم عليه حال حياته، فكذا يقدم على تجهيزه بعد وفاته **وعلى هذا أرباب الديون والورثة**، وعلى هذا لو استأجر إجارة فاسدة ونقد الأجرة أو ارتهن رهناً فاسداً أو أقرض قرضاً فاسداً وأخذ به رهناً له أن يحبس ما استأجر وما ارتهن حتى يقبض ما نقد اعتباراً بالعقد الجائز إذا تفاسخا لأنها معاوضة فتوجب التسوية بين البدلين فإن مات المؤجر أو الراهن أو المستقرض **فهو أحق بما في يده** من المقبوض من سائر الغرماء، ولو اشترى من مدينه عبداً بدين سابق له عليه شراءً فاسداً وقبض العبد بإذن البائع فأراد البائع استرداد العبد بحكم الفساد ليس للمشتري أن يحبس العبد لاستيفاء ماله عليه من الدين بخلاف الصحيح، وكذا لو كانت الإجارة بدين سابق عليها وقبض المستأجر العبد ثم فسخ المؤجر الإجارة بحكم الفساد له **أن يسترد العبد قبل إيفاء الأجرة** وليس للمستأجر الحبس بالأجرة **بخلاف الصحيح**، وكذا الرهن الفاسد لو كان بدين سابق عليه.

شك وقال شمس الأئمة السرخسي رحمه اللّه: وهذه هي المسألة السادسة التي جرت المحاورة فيها بين أبي يوسف ومحمد فقال أبو يوسف: ما رويت لك عن أبي حنيفة أنه يأخذ قيمتها وإنما رويت لك أن ينقض البناء، وقال محمد: بل رويت لي أنه يأخذ قيمتها اهـ غاية. **قوله**: (**فيصير محبوساً به كالرهن**) أي لكنه يفارقه من وجه آخر وهو أن الرهن مضمون بقدر الدين لا غير وهنا المبيع مضمون بجميع قيمته كما في العصمة اهـ أكمل. **قوله**: (**وإن مات البائع فالمشتري أحق به**) أي الذي الجارية في يده اهـ غاية. **قوله**: (**لأنه يقدّم عليه حال حياته**) أي ولو مات المشتري فالبائع أحق بمالية المبيع من غرماء المشتري فإن فضل شيء يصرف إلى الغرماء اهـ خلاصة. **قوله**: (**وعلى هذا أرباب الديون والورثة**) أي يقدّم المشتري عليه اهـ **قوله**: (**فهو أحق بما في يده**) أي المشتري وأخواه اهـ **قوله**: (**له أن يسترد**

قال: (**وطاب للبائع ما ربح لا للمشتري**) أي **لو اشترى شيئاً يتعين بالتعيين** بما لا يتعين **كالدراهم والدنانير** وربح كل واحد منهما طاب للبائع ما ربح في الثمن ولم يطب للمشتري ما ربح في المبيع لأن العقد يتعلق بما يتعين فيتمكن الخبث فيه **ولا يتعلق العقد الثاني** بما لا يتعين بل يجب مثله في الذمة فلم يتمكن الخبث فيه فلا يجب التصدق به هذا في الخبث لفساد الملك، **وإن كان الخبث لعدم الملك كالمغصوب** والأمانات إذا خان فيها المؤتمن، فإنه يشمل ما يتعين وما لا يتعين عند

العبد قبل إيفاء الأجرة) أي الدين الذي جعله أجرة اهـ **قوله: (بخلاف الصحيح)** يعني لو كان البيع صحيحاً أو الإجارة صحيحة ثم انفسخ العقد بينهما بوجه كان للمشتري أن يحبس المبيع حتى يستوفي الدين الذي كان له على البائع اهـ عمادي[1]. **قوله في المتن: (وطاب للبائع ما ربح إلخ)** قال الإتقاني رحمه الله: وصورة المسألة في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل اشترى من رجل جارية بيعاً فاسداً بألف درهم وتقابضا وربح كل منهما فيما قبض قال: يتصدّق الذي قبض الجارية بالربح، ويطيب الربح للذي قبض الدراهم وهو لفظ محمد والأصل فيه أن المال نوعان نوع لا يتعين في العقود كالدراهم والدنانير، ونوع يتعين كغير الدراهم والدنانير والمراد من عدم التعين في حق الاستحقاق، أما في حق القدر والجنس والوصف فيعينان والخبث وهو عدم الطيب أيضاً نوعان أحدهما: باعتبار عدم الملك كما في المغصوب والوديعة يوجب حقيقة الخبث فيما يتعين ويوجب شبهة الخبث فيما لا يتعين عند أبي حنيفة ومحمد لأن ما لا يتعين بالتعيين لايتعلق العقد به بل يتعلق بما في الذمة وإنما هو وسيلة من وجه فيوجب شبهة الخبث والشبهة معتبرة فلا جرم أن عدم الطيب لعدم الملك في المالين جميعاً أعني فيما يتعين وفيما لايتعين والخبث لفساد الملك يورث الشبهة فيما يتعين لأن الخبث لفساد الملك أدنى من الخبث لعدم الملك ويورث شبهة الشبهة فيما لايتعين، وشبهة الشبهة ليست بمعتبرة فلهذا يتصدّق الذي أخذ الجارية بالربح لوجود شبهة الخبث، ولم يتصدق الذي أخذ الدراهم بالربح لعدم الخبث حقيقة وشبهة وإنما هي شبهة الشبهة فيما لا يتعين وشبهة الشبهة ليست بمعتبرة فلهذا يتصدّق الذي أخذ الجارية بالربح لوجود شبهة الخبث ولم يتصدّق الذي أخذ الدراهم بالربح لعدم الخبث حقيقة وشبهة، وإنما هي شبهة الشبهة فلا تعتبر. **قوله: (لو اشترى شيئاً يتعين بالتعيين)** كالجارية والعبد والفرس اهـ **قوله: (كالدراهم والدنانير)** أي وتقابضا فباع المشتري الجارية واشترى البائع بالثمن شيئاً اهـ **قوله: (ولا يتعلق العقد الثاني)** أي في الشراء الثاني اهـ **قوله: (وإن كان الخبث لعدم الملك كالمغصوب)** أي بأن غصب شيئاً وباعه بعد ضمان قيمته فربح فيه أو غصب دراهم وأدّى

---

(١) المراد به كتاب فصول العمادي وقد تقدم.

أبي حنيفة ومحمد **لتعلق العقد بملك الغير فيما يتعين حقيقة**، وفيما لايتعين شبهة **من حيث أنه يتعلق بملك الغير سلامة المبيع وتقرير الثمن** وعند فساد الملك تنقلب الحقيقة شبهة فتعتبر **والشبهة تنزل إلى شبهة الشبهة فلا تعتبر** قضاء، فالحاصل أن الأموال نوعان: ما يتعين بالعقد وما لا يتعين والحرمة نوعان: حرمة لعدم الملك وحرمة لفساده. وقد ذكرناهما فتأمله وهل يتعين رد المقبوض من الثمن بعينه في البيع الفاسد أم لا؟ قيل: يتعين لأنه قبض مضمون بالمثل فصار كالغصب وقيل: لا يتعين لأنه ملكه بالقبض فصار كما لو ملكه بالعقد كما في البيع الصحيح، **والأوّل أصح وهو رواية أبي سليمان** والثاني رواية أبي حفص **وقيل: على هذا لا يطيب له ما ربح في الثمن عندهما** كما في المغصوب.

ضمانها واشترى بها شيئاً وباعه وربح فيه اهـ أك. **قوله: (لتعلق العقد بملك الغير فيما يتعين حقيقة)** أي فيتمكن فيه حقيقة الخبث وفيما لا يتعين تتمكن شبهة الخبث من حيث أنه يتعلق به سلامة المبيع بأن نقد من الدراهم المغصوبة، أو تقدير الثمن بأن أشار إلى الدراهم المغصوبة ونقد من غيرها فصار ملك الغير وسيلة إلى الربح من وجه فيتمكن فيه شبهة الخبث، أما الخبث لفساد الملك فيعمل فيما يتعين لا فيما لا يتعين لأن فساد الملك دون عدم الملك فتنقلب حقيقة الخبث فيما يتعين ثمة شبهة هنا فتعتبر وشبهة الخبث فيما لا يتعين ثمة ينقلب شبهة الشبهة هنا فلا تعتبر بالحديث، وهو ما روي أنه عليه الصلاة والسلام: «نهى عن الربا والريبة»[1] أي الشبهة اهـ **قوله: (من حيث أنه يتعلق بملك الغير سلامة المبيع وتقدير الثمن)** أي بأن يشير إلى الدراهم المغصوبة وينقد من غيرها اهـ إتقاني. **قوله: (والشبهة تنزل إلى شبهة الشبهة فلا تعتبر)** إذ لو اعتبرت شبهة الشبهة لاعتبر ما دونها فيؤدي ذلك إلى سد باب التجارة وهو مفتوح اهـ **قوله: (والأوّل أصح وهو رواية أبي سليمان)** قال الإتقاني رحمه اللّه: وقال فخر الدين قاضيخان في شرحه للجامع الصغير فإن كان البائع استهلك الثمن يردّ مثله لأن المقبوض بالبيع الفاسد مضمون بالمثل إن كان مثلياً، وأما إذا كان الثمن الذي أخذه البائع قائماً فهل يتعين للردّ فيه روايتان في رواية كتاب الصرف يتعين وإليه ذهب فخر الإسلام والصدر الشهيد وذلك لأن البيع الفاسد في حكم النقض والاسترداد كالغصب، وفي رواية لا يتعين كما في البيع الجائز قال علاء الدين العالم في طريقة الخلاف والمختار عدم التعيين يعني في العقود الفاسدة اهـ **فقوله: (والمختار عدم التعيين)** مخالف لما ذكره الزيلعي من التصحيح. **قوله: (وقيل على هذا لا يطيب له ما ربح في الثمن عندهما)** قال العتابي في شرح الجامع الكبير قال محمد: قال أبو حنيفة: كل مال يأخذه من صاحبه بطيبة من نفسه بحكم عقد فاسد وربح فيه يطيب له

---

(١) أخرجه ابن ماجة في التجارات (٢٢٧٦)، وأحمد في مسنده (٣٥٢).

قال: (**ولو ادَّعى على آخر دراهم** فقضاه/ إياها ثم تصادقا أنه لا شيء له عليه [١٤٨/أ/٢] طاب ربحه) أي ربحه في الدراهم لأن الخبث لفساد الملك هنا لأن الدين وجب بتصادقهما أوّلاً فملكه ثم استحق بالتصادق أنه لا دين عليه **وبدل المستحق** مملوك، ألا ترى أنه لو باع عبداً بجارية فأعتقه المشتري ثم استحقت الجارية لا يبطل العتق في العبد ولولا أنه مملوك لبطل لأنه لا عتق فيما لا يملك ابن آدم، وكذا لو حلف لايفارق غريمه حتى يستوفي منه دينه فباعه عبد الغير بالدين فقبضه الحالف وفارقه ثم استحق العبد مولاه ولم يجز البيع لا يحنث الحالف لأن المدين ملك ما في ذمته بالبيع وهو بدل المستحق فلا يحنث الحالف بالاستحقاق، فإذا كان **مملوكاً** وهو بسبب خبيث لكونه مملوكاً بملك الغير لا يعمل فيما لايتعين ويعمل فيما يتعين على ما بينا من قبل.

قال: (**وكره النجش والسوم** على سوم غيره) [والنجش][١] بفتحتين ويروى بالسكون وهو أن يستام السلعة بأزيد من ثمنها **وهو لا يريد شراءها بل ليراه غيره** فيقع فيه، وإنما كرها لما روي عن ابن عمر رضي اللّه عنهما «أنه عليه السلام نهى عن النجش»، وعن أبي هريرة رضي اللّه عنه أنه عليه السلام «نهى أن يبيع حاضر لباد وأن

الربح يريد به الدراهم واالدنانير لأنها لا تتعين للردّ بحكم الفساد في بعض الروايات مثاله إذا اشترى ألف درهم بمائة دينار إلى سنة حتى فسد الصرف فقبض الدراهم وربح فيها طاب له الربح، ولو كان الألف غصباً لم يطب لانعدام الملك، وعندأبي يوسف يطيب لأن عنده شرط الطيب الضمان وقد وجد اهـ إتقاني. **قوله في المتن: (ولو ادّعى على آخر دراهم إلخ)** صورة المسألة في الجامع الصغير، وكذلك لو أن رجلاً قال لرجل لي عليك ألف درهم فاقضها فقضاها ثم تصادقا أنه لم يكن وقد تصرف فيها وربح فالربح يطيب له ذلك، لأن الدين يثبت من حيث التسمية لأن المدعي ادعاه فقضاه المدعى عليه فكان الربح حاصلاً في ملكه، فإذا تصادقا بعد ذلك على عدم الدين كانت الدراهم المقبوضة بمنزلة بدل المستحق وبدل المستحق مملوك ملكاًفاسداً والخبث لفساد الملك لا أثر له فيما لا يتعين لأنه شبهة الشبهة فلهذا طاب له الربح ولم يجب التصدق به اهـ غاية. **قوله: (وبدل المستحق)** أي والمستحق هو الدين والبدل الدراهم المقبوضة اهـ غاية. **قوله: (مملوكاً)** أي ملكاً فاسداً اهـ **قوله في المتن: (وكره النجش والسوم إلخ)** قيل: لما كان المكروه أدنى درجة من الفساد ولكنه شعبة من شعب الفساد ألحقه بالفساد وأخره عنه اهـ إتقاني. وكتب ما نصه قال الإتقاني: والمعنى في كراهية النجش الغرور والخداع اهـ **قوله: (وهو لا يريد شراءها بل ليراه غيره)** قال في شرح الصحيح: النجش أن يزيد الرجل في ثمن السلعة وهو لايريد

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من المطبوع.

يتناجشوا»[١] رواهما أحمد ومسلم والبخاري. **وقال عليه السلام: «لا يخطب الرجل على خطبة أخيه ولا يسوم على سوم غيره»** وفي لفظ «لا يبيع الرجل على بيع أخيه ولا يخطب على خطبة أخيه»[٢] رواه أحمد ومسلم والبخاري والمراد بالبيع الشراء. وروى أحمد عن ابن عمر أنه عليه السلام قال: «لا يبيع أحدكم ولا يخطب على خطبة أخيه إلاأن يأذن له»[٣] وروى النسائي أنه عليه السلام قال: «لا يبيع أحدكم على بيع أخيه حتى يبتاع أو يذر»[٤] ولأن في ذلك إيحاشاً وإضراراً به فيكره، وإنما يكره النجش فيما إذا كان الراغب في السلعة يطلبها بثمن مثلها، وأما إذا طلبها بدون ثمنها **فلا بأس بأن يزيد إلى أن تبلغ قيمتها،** وكذا السوم إنما يكره فيما إذا جنح قلب البائع إلى البيع بالثمن الذي سماه المشتري، وأما إذا لم يجنح قلبه ولم يرضه فلا بأس لغيره أن يشتريه بأزيد لأن هذا بيع من يزيد وقد قال أنس «أنه عليه السلام **باع قدحاً وحلساً** فيمن يزيد» رواه أحمد والترمذي. ولأنه بيع الفقراء والحاجة ماسة إليه وكذا النهي عن الخطبة محمول على ما بعد الاتفاق والتراضي.

شراءها ولكن ليسمعه غيره فيزيد لزيادته اهـ إتقاني. **قوله: (وقال عليه الصلاة والسلام: «لا يخطب الرجل إلخ»)** قال الإتقاني: قوله لا يستام ولايخطب نفي أريد به النهي لاشتراكهما في دلالتهما على العدم ولم يرد حقيقة النفي لأنه قد يوجد حساً فحينئذ يلزم الخلف في خبرالشارع، واختيار صيغة النفي لكونه أبلغ من النهي كما أنَّ إخبار الشارع أبلغ من الأمر اهـ **قوله: (فلا بأس بأن يزيد إلى أن يبلغ قيمتها)** أي وإن لم يكن له رغبة فيها اهـ غاية. **قوله: (باع قدحاً وحلساً)** قال في الجمهرة الحلس: كساء يطرح على ظهر البعير أو الحمار والجمع أحلاس وحلوس اهـ غاية. وكتب ما نصه: روى الترمذي من حديث أنس رضي الله عنه: «قال: أتى رجل من الأنصار يسأل رسول الله ﷺ فقال له رسول الله ﷺ أما في بيتك شيء قال: بلى حلس نلبس بعضه ونبسط بعضه وقعب نشرب فيه الماء فقال: ائتني بها فأتاه بهما فأخذهما ﷺ وقال: من يشتري هذين قال رجل: أنا آخذهما بدرهم قال رسول الله ﷺ: من يزيد على درهم قالها مرتين أو ثلاثاً قال رجل أنا آخذهما بدرهمين فأعطاهما إياه وأخذ الدرهمين فأعطاهما الرجل وقال: اشتر بأحدهما طعاماً فانبذه إلى أهلك واشتر بالآخر قدوماً فأتني به فأتى به فشد فيه رسول الله ﷺ عوداً بيده ثم قال:

---

(١) أخرجه البخاري في البيوع (٢١٤٠)، ومسلم في البيوع (١٥١٥).

(٢) أخرجه مسلم في النكاح (١٤٠٨)، وابن ماجة في التجارات (٢١٧٢)، وأحمد في مسنده (١٠٢٢٧).

(٣) أخرجه البخاري في النكاح (٥١٤٢)، ومسلم في النكاح (١٤١٢)، والنسائي في النكاح (٣٢٤٣)، وأبو داود في النكاح (٢٠٨١) واللفظ له.

(٤) أخرجه النسائي في البيوع (٤٥٠٤).

قال: (وتلقي الجلب) أي كره تلقي المجلوب وصورته: أن واحداً من أهل المصر يتلقى الميرة فيشتري منهم ثم يبيعه بما شاء من الثمن، وإنما كره لقول ابن مسعود رضي الله عنه: «أنه عليه السلام نهى عن تلقي البيوع»(١) رواه أحمد والبخاري ومسلم. وعن أبي هريرة رضي الله عنه أنه عليه السلام «نهى أن يتلقى الجلب»(٢) الحديث رواه أحمد والبخاري ومسلم وغيرهم من أئمة الحديث هذا إذا كان يضر بأهل البلد بأن كانوا في قحط وإن كان لا يضرهم فلا بأس به إلا إذا لبس السعر على الواردين.

قال رحمه الله: (وبيع الحاضر للبادي) لما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال: «قال رسول الله ﷺ لا تلقوا الركبان ولا يبيع حاضر لباد فقيل لابن عباس ما قوله: لا يبيع حاضر لباد قال: لا يكون له سمساراً»(٣) رواه البخاري ومسلم

اذهب فاحتطب وبع ولا أرينك خمسة عشر يوماً ففعل ثم جاء وقد أصاب عشرة دراهم فاشترى ببعضها ثوباً وببعضها طعاماً فقال له رسول الله ﷺ هذا خير لك من أن تجيء المسألة نكتت في وجهك يوم القيامة إن المسألة لا تحل إلا لذي فقر مدقع أو ذي غرم مفظع أو لذي دم موجع»(٤) اهـ تجريد الأصول(٥) للبارزي قوله: قعب، القعب: القصعة اهـ

قوله في المتن: (وتلقي الجلب) بمعنى المجلوب اهـ إتقاني. قال الإمام الإسبيجابي في شرح الطحاوي في بيان تلقي الجلب وصورته: أن واحداً من المصر أخبر بمجيء قافلة عظيمة وأهل المصر في قحط وجدب فتلقى ذلك الواحد ويشتري منهم جميع ما يمتارون ويدخل المصر ويبيعه على ما يريد من الثمن ولو تركهم فأدخلوا ميرتهم بأنفسهم وباعوها من أهل المصر بتفرقة توسع أهل المصر بذلك، فإذا كان الأمر كما وصفنا فهو مكروه، وإن كان أهل المصر لا يتضررون بذلك فلا يكره وقال بعضهم: صورته أن يلتقيه رجل من أهل المصر فيشتري منهم بأرخص من سعر المصر وهم لا يعلمون سعر المصر فالشراء جائز في الحكم

---

(١) أخرجه البخاري في البيوع (٢١٤٩)، ومسلم في البيوع (١٥١٨)، والترمذي في البيوع (١٢٢٠).

(٢) أخرجه مسلم في البيوع (١٥١٩)، والترمذي في البيوع (١٢٢١)، والنسائي في البيوع (٤٥٠١)، وأبو داود في البيوع (٣٤٣٧).

(٣) أخرجه البخاري في البيوع (٢١٥٨)، ومسلم في البيوع (١٥٢١)، وأبو داود في البيوع (٣٤٣٩)، وأحمد في مسنده (٣٤٧٢).

(٤) أخرجه أبو داود في الزكاة (١٦٤١)، وابن ماجة في التجارات (٢١٩٨)، وأحمد في مسنده (١١٧٢٤).

(٥) اسمه تجريد الأصول في أحاديث الرسول للشيخ الإمام شرف الدين أبي القاسم هبة الله (بن عبد الرحمن) بن البارزي الجهني الشافعي المتوفى سنة (٧٣٨هـ). جرد فيه جامع الأصول ابن الأثير. كشف الظنون (١/٣٤٥).

وأحمد وغيرهم. وعن جابر أنه عليه السلام **قال: لا يبيع حاضر لباد** دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض»[١] رواه مسلم وأحمد وأبو داود وغيرهم. وقال أنس رضي الله عنه: «نهينا أن يبيع حاضر لباد وإن كان أخاه لأبيه وأمه»[٢] رواه البخاري وأحمد ومسلم، وقال ابن عمر رضي الله عنهما: «نهى النبي ﷺ أن يبيع حاضر لباد»[٣] رواه البخاري والنسائي. **وتفسيره ما ذكرنا عن ابن عباس** رضي الله/ عنهما وفي الهداية [١٤٨ب/٢] هذا إذا كان أهل البلد في قحط وعوز وهو يبيع من أهل البلد طمعاً في الثمن الغالي لما فيه من الإضرار بهم، وأما إذا لم يكن كذلك فلا بأس به لانعدام الضرر، وفي شرح المختار هو أن يجلب البادي السلعة **فيأخذها الحاضر ليبيعها له بعد وقت بأغلى من السعر الموجود وقت الجلب.**

قال: **(والبيع عند أذان الجمعة)** لقوله تعالى: ﴿وذروا البيع﴾ [الجمعة:٩] ولأن فيه إخلالاً بالواجب على بعض الوجوه وهو السعي بأن قعدا للبيع أو وقفا له. وذكر في النهاية أنهما إذا تبايعا وهما يمشيان فلا بأس به وعزاه إلى أصول الفقه لأبي اليسر وهذا مشكل لأن الله تعالى قد نهى عن البيع مطلقاً فمن أطلقه في بعض

ولكنه مكروه لأنه غرر سواء استضر به أهل المصر أو لم يستضروا به اهـ إتقاني رحمه الله. **قوله: (ولا يبيع حاضر لبادٍ)** الحاضر المقيم في المدن والقرى والبادي المقيم بالبادية والمنهي عنه أن يأتي البدوي البلدة ومعه قوت يبغي التسارع إلى بيعه رخيصاً فيقول له الحضري اتركه عندي لأغالي في بيعه فهذا الصنيع محرم لما فيه من الإضرار بالغير، وهذا إذا كانت السلعة مما تعم الحاجة إليها كالأقوات فإن كانت لا تعم أو كثر القوت واستغني عنه ففي التحريم تردّد اهـ ابن الأثير رحمه الله. **قوله: (وتفسيره ما ذكرنا عن ابن عباس)** قال في شرح الطحاوي: إن الرجل إذا كان له طعام وأهل المصر في قحط وهو لا يبعه من أهل المصر حتى يتوسعوا ولكن يبيعه من أهل البادية بثمن غال وأهل المصر يتضررون فلا يجوز، وإن كانوا لا يتضررون فلا بأس ببيعه منهم وإلى هذه الصورة ذهب صاحب الهداية وقيل: أن يتوكل المصري من البدوي لمغالاة السعر فيكره ذلك إذا كان أهل المصر يتضررون بذلك اهـ إتقاني. **قوله: (فيأخذها الحاضر ليبيعها له بعد وقت بأغلى من السعر الموجود وقت الجلب)** أي وهذا قريب من تفسير ابن عباس رضي الله عنهما اهـ **قوله في**

---

(١) أخرجه مسلم في البيوع (١٥٢٢)، والترمذي في البيوع (١٢٢٣)، وأبو داود في البيوع (٣٤٤٢)، وابن ماجة في البيوع (٢١٧٦)، وأحمد في مسنده (١٠٢٧١).

(٢) أخرجه البخاري في البيوع (٢١٦١) من غير لفظ (وإن كان...)، ومسلم في البيوع (١٥٢٣) بلفظ (وإن كان أخاه أو أباه) ومثله.

(٣) أخرجه البخاري في البيوع (٢١٥٩)، ومسلم في البيوع (١٥٢٠)، والترمذي في البيوع (١٢٢٢)، والنسائي في البيوع (٤٤٩٢).

الوجوه يكون تخصيصاً وهو نسخ فلا يجوز بالرأي والأذان المعتبر في تحريم البيع هو الأول إذا وقع بعد الزوال على المختار وقد بيناه في كتاب الصلاة.

قال (لا بيع من يزيد) أي لا يكره بيع من يزيد وقد بيناه.

قال رحمه اللّه: (ولايفرق بين صغير وذي رحم محرم منه) سواء كان الآخر صغيراً مثله أو كبيراً لقوله عليه السلام: «من فرق بين والدة وولدها فرق اللّه بينه وبين أحبته يوم القيامة»[١] رواه أحمد والترمذي. وعن علي رضي اللّه عنه أنه قال: «أمرني النبي ﷺ أن أبيع غلامين أخوين فبعتهما وفرقت بينهما فذكرت ذلك له فقال: أدركهما فارتجعهما ولا تبعهما إلا جميعاً»[٢] رواه أحمد. وفي رواية «وهب لي النبي ﷺ غلامين أخوين فبعت أحدهما فقال: لي ما فعل غلاماك فأخبرته فقال لي: رده رده»[٣] رواه الترمذي وابن ماجه. وعن أبي موسى قال: «لعن رسول اللّه ﷺ من فرق بين الوالد وولده وبين الأخ وأخيه»[٤] رواه ابن ماجه والدارقطني. وعن علي رضي اللّه عنه «أنه فرق بين جارية وولدها فنهاه النبي ﷺ عن ذلك ورد البيع»[٥] رواه أبو داود والدارقطني. ولأن الصغير يستأنس بالصغير والكبير يتعاهده ويشفق عليه ويقوم بحوائجه باعتبار الشفقة الناشئة من قرب القرابة وفي التفريق بينهما إيحاش الصغير وترك المرحمة عليه، وقال عليه السلام: «من لم يرحم صغيرنا ولم يوقر كبيرنا فليس منا»[٦]. ولا بد من اجتماعهما في ملكه حتى لو كان أحدهما له والآخر لابنه الصغير له أن يبيع أحدهما لأن الملك متفرق فلا يتناوله النهي عن التفريق ثم المنع معلول بالقرابة المحرمة للنكاح حتى **لا يدخل فيه قريب غير محرم ولا محرم غير قريب** ولو كان التفريق بحق مستحق عليه لا يكره كدفع أحدهما بالجناية وبيعه بالدين ورده بالعيب لأن المنع عن التفريق لدفع الضرر عن الصغير فلا يمكن من دفع الضرر عنه على وجه يلحق الضرر بغيره وهو المولى، وهذا لأنه يتضرر بإلزامه

المتن: (والبيع عند أذان الجمعة إلخ) نهى عن البيع عند الأذان وأقل أحوال النهي الكراهة اهـ

قوله: (لا يدخل فيه قريب غير محرم) أي كأولاد الأعمام والعمات والأخوال والخالات اهـ

---

(١) أخرجه الترمذي في السير (١٥٦٦)، وأحمد في مسنده (٢٣٠٠٢)، والدارمي في السير (٢٤٧٩) بلفظ (بينه وبين الأحباء).

(٢) أخرجه الترمذي في البيوع (١٢٨٤)، وأحمد في مسنده (١٠٤٨).

(٣) أخرجه الترمذي في البيوع (١٢٨٤)، وابن ماجة في التجارات (٢٢٤٩)، وأحمد في مسنده (٨٠٢).

(٤) أخرجه ابن ماجة في التجارات (٢٢٥٠)، والدارقطني (٣/٦٧).

(٥) أخرجه أبو داود في الجهاد (٢٦٩٦)، والدارقطني (٣/٦٨).

(٦) تقدم تخريجه.

الفداء لولي الجناية وإلزامه القيمة للغرماء وإلزامه المعيب من غير اختياره، وكذا لا بأس بالتفريق إذا تعذر إخراج أحدهما بالتدبير أو الاستيلاد أو الكتابة لما ذكرنا، وله أن يعتق أحدهما وإن كان فيه تفريق لأنه أنفع له من إبقائه على الرق ولأنه ليس بتفريق معنى لأن الحر يقدر أن يدور معه حيث دار وكذا له أن يبيع أحدهما ممن حلف بعتقه إن اشتراه أو ملكه لما ذكرنا في الإعتاق، ولو كان الولد مسلماً وأمه كافرة بأن أسلم أبوه وتبعه فيه ومولاهما كافر يؤمر ببيع الولد وحده لأنه خير له من إبقائه في ذل الكافر، وفي النهاية: هذا/ كله إذا كان المالك مسلماً حراً كان أو مكاتباً [١٤٩/أ ٢/١] أو مأذوناً له في التجارة، وأما إذا كان كافراً فلا يكره التفريق لأن ما فيه من الكفر أعظم **والكفار غير مخاطبين بالشرائع** ولو كان للصغير قريبان مستويان في القرب فإن اختلفت جهة قرابتهما له لا يفرق ولا يباع واحد منهما دونهما وذلك مثل الأب والأم وأخت لأب وأخت لأم أو لأبوين بأن ادعاه رجلان معاً أو عمه وخاله لأن لكل واحد منهما شفقة ليس للآخر وله بكل واحد منهما استئناس خلاف الاستئناس بالآخر وإن اتحدت جهة قرابتهما كالأخوين أو الخالين أو العمين لأب وأم أو لأب أو الأم يكتفى بأحدهما معه لأن حق الصغير مرعي به فيبيعه أو يتركه مع الواحد منهما لأنه يستأنس به ويقوم بحوائجه، وإن كان أحدهما أقرب من الآخر كما لو كان مع الأم أو الجدة عمه أو خاله أو أحد الإخوة أو الأخوات أو كان مع الأخت لأب وأم أخت لأب أو لأم لا يعتد بالأبعد لأن شفقته مع شفقة الأقرب كالمعدوم **ونفذ البيع في الكل** لأن النهي لغيره، وهو ما فيه من إيحاش الصغير أو الإضرار بأهل البلد أو بالواردين إذا لبس السعر عليهم ونحو ذلك على ما بينا فلا يوجب الفساد، وعن أبي يوسف أنه يفسد البيع في قرابة الولاد ويجوز في غيره وعنه أنه يفسد في الجميع لما «روينا أنه عليه السلام رد البيع في الولاد وأمر بالرد في غيره» وهو لا يكون إلا في الفاسد ولهما أن ركن البيع صدر من أهله مضافاً إلى محله فينفذ والنهي لمعنى مجاورٍ له غير متصل به فلا يوجب الفساد كالبيع عند الأذان، وكشراء ما استامه غيره، والمروي محمول على الإقالة أو على بيع الآخر ممن باع منه أحدهما.

قال (بخلاف الكبيرين والزوجين) حيث يجوز تفريقهما لأن النص ورد على خلاف القياس في القرابة المحرمة للنكاح إذا كان صغيراً فلا يلحق به غيره لأن الكبيرين أو الزوجين وإن كانا صغيرين ليسا في معنى المنصوص عليه وذكر سلمة بن الأكوع رضي الله عنه أنهم أصابوا من فزارة سبياً، وفيه امرأة ومعها بنتها فنفله أبو بكر

قوله: (ولا محرم غير قريب) أي كالأخ والأخت من الرضاع وامرأة الأب اهـ **قوله: (والكفار غير مخاطبين بالشرائع)** الصحيح أنهم مخاطبون بالمحرمات اهـ **قوله: (ونفذ البيع في الكل)**

ابنتها وكان عليهم أميراً فلما قدموا المدينة «قال له رسول اللّه ﷺ: يا سلمة هب لي المرأة فذكر أنها أعجبته ولم يكشف لها ثوباً ثم قال: هي لك يا رسول اللّه فبعث بها عليه السلام إلى أهل مكة وفي أيديهم أسارى من المسلمين ففداهم بتلك المرأة»[١] والحديث فيه طول رواه أحمد ومسلم. **وفرّق رسول اللّه ﷺ** «**بين مارية وسيرين** وكانتا أمتين أختين»[٢] ولو كان مع امرأة مسبية صبي ادّعت أنه ابنها لا يثبت نسبه منها لأنها تحمل النسب على الغير ولا يفرق بينه وبينها لأن قول الواحد مقبول في الديانات لا سيما في موضع الاحتياط وقد وجد فيه أمارة الصدق ولو باع الأم على أنه بالخيار ثم اشترى الولد **يكره التنفيذ** لأنهما اجتمعا في ملكه فيعتبر مفرقاً بالتنفيذ ولو كان في ملكه صبي واشترى أمه بشرط الخيار له أن يردها بالاتفاق، أما عند أبي حنيفة فلأنهما لم يجتمعا في ملكه فلم يكن مفرقاً، وأما عندهما فلأنه لو لم يكن له الرد لتضرر به لأن الفسخ حقه فلا يمنع منه واللّه أعلم.

باب الإقالة

قيل الإقالة: مشتقة من القول والهمزة للسلب أي إزالة القول الأول: وهو ما

أي في كل الصور المتقدمة من قوله وكره النجش إلى هنا اهـ **قوله**: (**وفرق عليه السلام بين مارية وسيرين**) أهداهما له المقوقس ملك الإسكندرية ومصر وكانت مارية بيضاء جعدة جميلة فوطئها بالملك فولدت له إبراهيم فتوفي وهو ابن ثمانية عشر شهراً ووهب أختها سيرين لحسان بن ثابت وهي أم ولد حسان بن ثابت ولم يكن بمصر أحسن ولا أجمل منهما وهما من أهل حفن من كورة أنصنا فلما رآهما ﷺ أعجبتاه وكانت إحداهما تشبه الأخرى فقال: اللّهم اختر لنبيك فاختار اللّه له مارية وذلك أنه قال لهما: «قولا نشهد أن لا إله إلا اللّه وأن محمداً رسول اللّه فبدرت مارية فتشهدت قبل أختها ومكثت أختها ساعة ثم تشهدت» وقال ﷺ: «لو بقي إبراهيم ما تركت قبطياً إلا وضعت عنه الجزية» وقد انقطع أهلها وأقاربها إلا بيتاً واحداً ماتت مارية سنة ١٥ وصلى عليها عمر ودفنت بالبقيع اهـ من المصباح المضيء. **قوله**: (**يكره التنفيذ**) أي تنفيذ البيع في الأم اهـ.

باب الإقالة

مناسبة الباب بباب البيع الفاسد من حيث أن في كل منهما يرجع المبيع إلى البائع

---

(١) أخرجه مسلم في الجهاد والسير (١٧٥٥)، وأبو داود في الجهاد (٢٦٩٧)، وابن ماجة في الجهاد (٢٨٤٠).

(٢) ذكره الزيلعي في نصب الراية (٤/ ٢٨).

جرى بينهما من البيع كأشكي إذا أزال شكواه ولا يكاد يصح هذا لأنهم قالوا: قلته البيع بالكسر فدل على أن عينه ياء **ولو كان من القول لقيل: قلته بالضم، وقد قالوا: قاله البيع قيلاً/**. وهذا أدل من الأول وهي مشروعة مندوب إليها **لقوله ﷺ: «من أقال نادماً بيعته** أقال الله عثرته يوم القيامة»[١]. [١٤٩ب/٢]

قال رحمه الله: (هي فسخ في حق المتعاقدين بيع في حق ثالث) وهذا عند أبي حنيفة إلا أن لا يمكن جعلها فسخاً **بأن ولدت المبيعة بعد القبض** أو هلك المبيع في غير المقايضة فتبطل الإقالة، ويبقى البيع على حاله لتعذر الفسخ **إذ الزيادة**

أو نقول: لما كانت الإقالة فسخاً للبيع وهو يقتضي سابقة البيع والبيع الفاسد بيع ناسب أن يذكر الإقالة عقيبة قاله الإتقاني. وقال الكمال: مناسبته الخاصة بالبيع الفاسد والمكروه أنه إذا وقع البيع فاسداً أو مكروهاً وجب على كل من المتعاقدين الرجوع إلى ما كان له من رأس المال صوناً لهما عن المحظور، ولا يكون ذلك إلا بالإقالة إلى آخر ما ذكرفي النهاية وتبعه غيره وهو مصرح بوجوب التفاسخ في العقود المكروهة السابقة وهو حق، لأن رفع المعصية واجب بقدر الإمكان وأيضاً الإقالة بيان كيف يرفع العقد وهو يقتضي سابقة ثبوته وأبواب البياعات السابقة كلها مع البيع الفاسد والمكروه بيان كيف يثبت فأعقب الرفع معظم أبواب الإثبات اهـ **قوله**: (**ولو كان من القول: لقيل قلته بالضم**) ولأنه ذكر الإقالة في الصحاح من القاف مع الياء لامع الواو اهـ كمال. **قوله**: (**وقد قالوا: قاله البيع قيلاً**) أي وأقاله فسخه اهـ فتح. **قوله**: (**لقوله عليه الصلاة والسلام: من أقال نادماً بيعته» إلخ**) أخرجه أبو داود وابن ماجه عن الأعمش عن أبي صالح عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: «قال رسول الله ﷺ من أقال مسلماً بيعته أقاله الله عثرته زاد ابن ماجه يوم القيامة» ورواه ابن حبان في صحيحه والحاكم وقال: على شرط الشيخين وأما لفظ نادماً فعند البيهقي اهـ فتح. وكتب ما نصه ولأن الإقالة رفع العقد والعقد من المتعاقدين وقد انعقد بتراضيهما فكان لهما رفعه دفعاً للحاجة اهـ إتقاني. قوله: دفعاً للحاجة أي التي لها شرع البيع وغيره اهـ فتح. **قوله**: (**بأن ولدت المبيعة بعد القبض**) قال الإتقاني: بخلاف ما إذا ولدت قبل القبض حيث تكون الإقالة صحيحة عند أبي حنيفة وحاصله أن الجارية إذا ازدادت ثم تقايلا فإن كان قبل القبض صحت الإقالة سواء كانت الزيادة متصلة كالسمن والجمال، ومنفصلة كالولد والأرش والعقر إلا أن الزيادة قبل القبض لا تمنع الفسخ منفصلة كانت أو متصلة، وإن كانت الزيادة بعد القبض فإن كانت منفصلة فالإقالة باطلة عند أبي حنيفة لأنه تعذر تصحيحها فسخاً بسبب الزيادة لأن الزيادة المنفصلة مانعة فسخ العقد حقاً للشرع وأبو حنيفة لا يصحح الإقالة إلا بطريق الفسخ، وإن كانت الزيادة متصلة فالإقالة صحيحة عنده

---

(١) تقدم تخريجه.

المنفصلة المتولدة من المبيع تمنع الفسخ لما ذكرنا في باب الرد بالعيب، ولا يتصور الفسخ بعد هلاك المبيع على ما تبين فيبطل **هذا إذا تقايلا بعد القبض** وإن كانت قبل القبض فهي فسخ في حق الكل في غير العقار **لتعذر جعلها بيعاً وقال أبو يوسف: هي بيع إلا أن لا يمكن جعلها بيعاً** بأن كانت قبل القبض في المنقول أو كانت بعد هلاك أحد العوضين في المقايضة فيجعل فسخاً إلا أن لا يمكن جعلها بيعاً ولا فسخاً بأن كانت قبل القبض في المنقول بأكثر من الثمن الأول أو بأقل منه أو بجنس آخر أو **بعد هلاك السلعة في غير المقايضة** فتبطل ويبقى البيع الأول على حاله لأن بيع المنقول قبل القبض لا يجوز، والفسخ يكون بالثمن الأوّل وقد سميا خلافه **وقال محمد: هي فسخ**

لأن الزيادة المتصلة عنده لا تمنع الفسخ متى وجد الرضا ممن له الحق في الزيادة ببطلان حقه في الزيادة وقد وجد الرضا بما تقايلا فأمكن تصحيحها فسخاً عنده، كذا قال في الذخيرة اهـ واعلم أن المبيعة إذا ولدت بعد القبض فالإقالة حينئذ باطلة عند الإمام كما ذكر، وأما عندهما فصحيحة وتجعل بيعاً جديداً أما عند أبي يوسف فظاهر لأن الإقالة عنده بيع، وأما عند محمد فلأنه تعذر جعلها هاهنا فسخاً فتجعل بيعاً جديداً فتنبه اهـ **قوله: (إذ الزيادة المنفصلة المتولدة من البيع تمنع الفسخ إلخ)** فإن قلت: إذا تعذر الفسخ ينبغي أن يحمل على البيع المبتدأ مجازاً لأن اللفظ يحتمله، ولهذا جعلت الإقالة بيعاً في حق الثالث قلت: إنما لم يحمل اللفظ على المجاز للتعذر لمضادة بين العقد ورفعه واللفظ لا يجوز استعماله مجازاً لضده، وفي حق الثالث اعتبار معنى البيع لا باعتبار استعمال اللفظ مجازاً بل باعتبار معنى البيع وهو حصول الملك ببدل فأظهرنا هذا الموجب في حق الثالث لعدم ولايتهما علي غيرهما اهـ إتقاني رحمه اللّه. **قوله: (هذا إذا تقايلا بعد القبض)** قال الإتقاني رحمه اللّه: وجملة القول فيه أن الإقالة فسخ في حق المتعاقدين في جميع الأحوال منقولاً كان المبيع أو غير منقول، مقبوضاً أو غير مقبوض عند أبي حنيفة رحمه اللّه بيع في حق غيرهما حتى لاتصح الزيادة على الثمن الأوّل ولا النقصان عنه ولا خلاف الجنس ولا الأجل إلا إذا تعذر جعلها فسخاً فحينئذ تبطل الإقالة ولا تجعل بيعاً، كما إذا ولدت المبيعة في يد المشتري قال الأقطع وعن أبي حنيفة رواية أخرى أنها بيع بعد القبض وفسخ قبله اهـ **قوله: (لتعذر جعلها بيعاً)** أي إذ بيع المنقول قبل القبض جائز اهـ **قوله: (وقال أبو يوسف: هي بيع إلا أن لا يمكن جعلها بيعاً)** قال الإتقاني: إلا أن في المنقول قبل القبض لو حملت علي البيع كان فاسداً فحملت على الفسخ حملاً لكل منهما على الصحة لو كان المبيع داراً وتقايلا قبل القبض يكون بيعاً عند أبي يوسف لأن بيع العقار قبل القبض جائز عند أبي يوسف وأبي حنيفة اهـ **قوله: (أو بعد هلاك السلعة في غير المقايضة)** أي: كما لو كان المبيع عرضاً بالدراهم فهلك العرض اهـ إتقاني. **قوله: (وقال محمد: هي فسخ)** أي سواء كان المبيع منقولاً أو غير منقول لأن بيع المبيع قبل

إلا إذا تعذر جعلها فسخاً بأن تقايلا بأكثر من الثمن الأول أو بخلاف جنسه أو ولدت المبيعة بعد القبض فيجعل بيعاً جديداً إلا أن لا يمكن جعله فسخاً ولا بيعاً بأن كانت قبل القبض بأكثر من الثمن الأول أو بجنس آخر فيبطل ويبقى البيع الأول على حاله لأن الفسخ لا يكون على خلاف الثمن الأول، والبيع لا يجوز قبل القبض وبأقل من الثمن الأول يكون فسخاً عنده بالثمن الأول لأنه سكوت عن بعض الثمن وهو لو سكت عن الكل كان فسخاً **فكذا إذا سكت عن البعض**، لمحمد: أن اللفظ موضوع للفسخ والرفع **يقال: اللّهم أقلني عثراتي** فيعمل بمقتضاه **وإذا تعذر** يحمل على محتمله وهو البيع، ولهذا صار بيعاً في حق ثالث لعدم ولايتهما عليه **ولأبي يوسف أنها تمليك من الجانبين بعوض مالي** بالتراضي، وهو البيع والعبرة للمعاني دون الألفاظ المجردة كالكفالة بشرط براءة الأصيل حوالة وبالعكس كفالة ولهذا يبطل بهلاك المبيع ويرد بالعيب ويتجدد بها حق الشفعة للشفيع، وهذه أحكام البيع إلا إذا تعذر **فيجعل فسخاً** لأنها موضوعة له أو تحتمله **ولأبي حنيفة أنها تنبئ عن الفسخ** والرفع، والأصل في الكلام أن يحمل على حقيقته، ولا يحتمل ابتداء العقد أصلاً ليحمل عليه عند التعذر ولهذا لو أراد به ابتداء العقد لا يصح، ولو كان محتملاً له لصح وإنما لا يصح لأنه ضده واللفظ لا يحتمل ضده فصار باطلاً **وكونه بيعاً في حق الثالث أمر ضروري** لأنه

القبض باطل عنده في المنقول وغيره، فلما لم يصح البيع حمل على الفسخ اهـ إتقاني. وكتب على **قوله: (هي فسخ ما نصه في حق المتعاقدين)** بيع في حق ثالث كما سيأتي قريباً اهـ **قوله: (فكذا إذا سكت عن البعض)** قال الإتقاني: أما إذا كانت الإقالة بالنقصان عن الثمن الأوّل تجعل فسخاً لأنه لو لم يذكر في الإقالة جميع الثمن صحت الإقالة، فكذا إذا لم يذكر البعض وكذا إذا وقعت الإقالة على تأجيل الثمن صحت الإقالة وبطل الأجل اهـ **قوله: (يقال: اللهم أقلني عثراتي)** أي ارفعها اهـ **قوله: (وإذا تعذر)** أي حمله على الحقيقة يحمل على البيع مجازاً لأنه محتمله ولهذا كانت بيعاً في حق الثالث وإنما يحمل على البيع صيانة لكلام العاقل عن الإلغاء اهـ إتقاني. **قوله: (ولأبي يوسف أنها تمليك من الجانبين بعوض مالي إلخ)** قال الإتقاني: ولكن لم يشترط تسمية الثمن لأنه معلوم كبيع التولية وأخذ الدار بالشفعة ولهذا جعل بيعاً في حق الثالث حيث وجبت الشفعة وبطلت الإقالة بعد هلاك المبيع ووجب الرد بالعيب كما في البيع اهـ **قوله: (فيجعل فسخاً)** أي في حق المتعاقدين وأما في حق الثالث فبيع بالاتفاق اهـ **قوله: (ولأبي حنيفة رحمه الله أنها تنبئ عن الفسخ)** قال الإتقاني: وجه قول أبي حنيفة أن الإقالة رفع العقد. وبين العقد ورفعه مضادة فلا يجوز أن يجعل واحداً فكانت فسخاً اهـ **قوله: (وكونه بيعاً في حق الثالث أمر ضروري إلخ)** قال الإتقاني: وجعلها بيعاً جديداً في حق الثالث لا باعتبار الصيغة بل لضرورة وقوع الحكم فإن

يثبت به مثل حكم البيع، وهو الملك لا مقتضى الصيغة فحمل عليه في حق غيرهما لعدم ولايتهما عليه.

قال رحمه الله: (**وتصح بمثل الثمن الأول وشرط الأكثر أو الأقل بلا تعيب وجنس** آخر لغو ولزمه الثمن الأول) وهذا عند أبي حنيفة لأنه لما كانت الإقالة عنده فسخاً، والفسخ يرد على غير ما يرد عليه العقد كان اشتراط خلاف الثمن الأول باطلاً وشرط لعدم جواز اشتراط الأقل عدم التعيب عند المشتري، وأما إذا تعيب عنده فيجوز بالأقل فيجعل الحط بإزاء ما فات بالعيب، ولهذا يشترط أن يكون النقصان بقدر حصة ما فات بالعيب، ولا يجوز أن ينقص أكثر منه ولا تجوز الإقالة إلا بلفظين يعبر بأحدهما عن الماضي والآخر عن المستقبل كالنكاح، وعند محمد / يشترط أن [١٥٠ أ/٢] يعبر بهما عن الماضي **ولو كانت الإقالة بلفظ المفاسخة أو الرد أو المتاركة لا تكون** فسخاً ثم فائدة كون الإقالة فسخاً في حق المتعاقدين تظهر في خمس مسائل إحداها: أنه يجب على البائع رد الثمن الأوّل وما سميا بخلافه يكون باطلاً. والثانية: أن الإقالة لا تبطل بالشروط الفاسدة ولو كانت بيعاً في حقهما لفسدت. والثالثة: إذا

حكم الإقالة وقوع الملك ببدل، وهذا لأن لهما ولاية على أنفسهما لا على غيرهما فاعتبر الحكم في حق الثالث لا الصيغة اهـ **قوله في المتن: (وشرط الأكثر أو الأقل بلا تعيب وجنس)** أي وشرط جنس **(آخر)** خلاف الثمن الأوّل **(لغو)** أي باطل اهـ وكتب ما نصه قال الإتقاني رحمه الله: وفي شرط الزيادة والنقصان والجنس الآخر بطل الشرط ولم تبطل الإقالة لأنها لا تبطل بالشروط الفاسدة بخلاف البيع لأن الشرط الفاسد في معنى الربا والزيادة يمكن إثباتها في البيع فيتحقق الربا بخلاف الإقالة فإنها رفع ما كان ورفع ما كان زائداً على ما كان لايتصوّر فلهذا لم يؤثر الشرط الفاسد في الإقالة، قال في شرح الطحاوي وعند أبي يوسف: في الموضع الذي يجعلها بيعاًجديداً تبطل بالشروط الفاسدة كما يبطل البيع والحاصل أن عند أبي حنيفة لايصح شرط الزيادة والنقصان فتقع الإقالة بالثمن الأوّل إلا إذا حدث بالمبيع عيب عند المشتري فيصح شرط الأقل من الثمن الأوّل فتجعل الزيادة بإزاء الجزء المحتبس عند المشتري، وعند أبي يوسف ومحمد إذا شرط الزيادة يكون بيعاً أما عند أبي يوسف فظاهر لأن البيع هو الأصل عنده، وأما عند محمد فإن الفسخ لما لم يمكن حمل على البيع لإمكانه، وإذا شرط الأقل يكون بيعاً أيضاً عند أبي يوسف لما قلنا: من الأصل عنده ويكون فسخاً عند محمد بالثمن الأول لأنه لو سكت عن الإقالة عن جميع الثمن كان فسخاً فكذا إذا سكت عن البعض وعند زفر الإقالة فسخ في حق المتعاقدين وغيرهما اهـ (فرع) لو باع صابوناً رطباً ثم تقايلا بعدما جف فنقص وزنه لا يجب على المشتري شيء لأن كل المبيع باقٍ قاله الكمال رحمه الله. **قوله: (ولو كانت الإقالة بلفظ المفاسخة أو**

تقايلا ولم يردّ البائع المبيع **حتى باعه منه** ثانياً جاز ولو كانت بيعاً لفسد لكونه باعه قبل القبض ولو باعه من غير المشتري لم يجز **لأنه بيع جديد في حق غيرهما**. والرابعة: إذا وهب المبيع من المشتري بعد الإقالة قبل القبض جازت الهبة ولو كانت بيعاً لانفسخ لأن البيع ينفسخ بهبة المبيع للبائع قبل القبض. والخامسة: لو كان المبيع مكيلاً أو موزوناً وقد باعه منه بالكيل أو الوزن ثم تقايلا واستردّ المبيع من غير أن يعيد الكيل أو الوزن **جاز قبضه**. وقوله: بيع في حق غيرهما **تظهر فائدته في خمس مسائل**: إحداها: **لو كان المبيع عقاراً فسلم الشفيع الشفعة ثم تقايلا** يقضى له بالشفعة لكونه بيعاً جديداً في حقه كأنه اشتراه منه. والثانية: إذا باع المشتري المبيع من آخر ثم تقايلا ثم اطَّلع على عيب كان في يد البائع فأراد أن يرده على البائع ليس له ذلك لأنه بيع في حقه فكأنه اشتراه من المشتري. والثالثة: إذا اشترى شيئاً فقبضه ولم ينقد الثمن حتى باعه من آخر ثم تقايلا وعاد إلى المشتري فاشتراه منه قبل نقد ثمنه بأقل من الثمن الأوّل **جاز، وكان في حق البائع كالمملوك بشراء جديد** من المشتري الثاني. **والرابعة: إذا كان المبيع موهوباً** فباعه الموهوب له ثم **تقايلا** ليس للواهب أن يرجع في هبته لأن الموهوب له في حق الواهب بمنزلة المشتري من المشترى منه. والخامسة: إذا اشترى بعروض التجارة عبداً للخدمة بعدما حال عليه الحول فوجد به

الرد أو المتاركة لا تكون) إلى هنا لفظ الشارح وقوله: بيعاً وإن أمكن جعلها بيعاً بل تكون إلخ هذا الملحق لا بد منه ليصح قوله فسخاً اهـ **قوله**: **(ولم يردّ)** لعله يسترد ووجد في بعض النسخ كذلك وهو ظاهر اهـ وفي شرح الإتقاني وغيره يسترد اهـ لكن الذي وجد بخط الشارح يرد اهـ **قوله**: **(حتى باعه منه)** أي: من المشتري اهـ **قوله**: **(لأنه بيع جديد في حق غيرهما)** أي: ولو كان المبيع غير منقول جاز بيعه من غير المشتري أيضاً في قول أبي حنيفة وأبي يوسف اهـ إتقاني. **قوله**: **(جاز قبضه)** أي ولو كان بيعاً لما جاز قبضه من غير أن يعيد الكيل والوزن اهـ **قوله**: **(تظهر فائدته في خمس مسائل)** ساقها القوام الإتقاني وتبعه الكمال أربعة فأسقطا من المسائل التي ذكرها الشارح الثانية والخامسة وزادا مسألة ما لو كان البيع صرفاً التي نقلتها فيما يأتي عند قوله والرابعة إلخ هـ **قوله**: **(لو كان المبيع عقاراً فسلم الشفيع الشفعة)** أي في أصل البيع اهـ **قوله**: **(ثم تقايلا)** أي فعاد إلى ملك البائع. **قوله**: **(جاز وكان في حق البائع كالمملوك بشراء جديد إلخ)** وهذه حيلة في جواز شراء ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن. **قوله**: **(والرابعة إذا كان المبيع موهوباً إلخ)** قال الإتقاني رحمه الله: وثمرة كونها بيعاً في حق غيرهما **تظهر** في مواضع وساقها أربعة وذكر منها أن البيع لو كان صرفاً **فالتقابض** في كلا الجانبين شرط في صحة الإقالة فيجعل في حق الشريعة كبيع جديد، **وتبعه** الكمال رحمه الله في ذكرها أربعة منها مسألة الصرف المذكورة آنفاً وإذا

عيباً فردّه بغير قضاء واسترد العروض فهلكت في يده فإنه لا يسقط عنه الزكاة لأنه بيع جديدفي حق الثالث، وهو الفقير لأن الردّ بالعيب بغير قضاء إقالة وقوله: بيع في حق ثالث مجرى على إطلاقه. وقوله: فسخ في حق المتعاقدين غير مجرى على إطلاقه لأنه إنما يكون فسخاً فيما هو من موجبات العقد وهو ما يثبت بنفس العقد من غير شرط، وأما إذا لم يكن من موجبات العقد وإنما يجب بشرط زائد فالإقالة فيه تعتبر بيعاً جديداً في حق المتعاقدين أيضاً، كما إذا اشترى بالدين المؤجل عيناً قبل حلول الأجل ثم تقايلا يعود الدين حالاً كأنه باعه منه، وكما إذا تقايلا ثم ادّعى رجلٌ أنَّ المبيع ملكه وشهد المشتري بذلك لم تقبل شهادته كأنه هو الذي باعه ثم شهد أنه لغيره ولو كانت فسخاً لقبلت، ألا ترى أن المشتري لو ردّ المبيع بعيب بقضاء وادَّعى المبيع رجلٍ وشهد المشتري بذلك تقبل شهادته لأنه بالفسخ عاد ملكه القديم فلم يكن متلقياً من جهة المشتري لكونه فسخاً من كل وجه، وكذا لو باع عبداً بطعام بغير عينه وقبض ثم تقايلا لا يتعين الطعام المقبوض للرد كأنه باعه من البائع بطعام غير معين، وكذا لو قبض أردأ من الثمن الأوّل أو أجود منه يجب رد مثل المشروط في البيع الأوّل كأنه باعه من البائع بمثل الثمن الأوّل وقال الفقيه أبو جعفر: يجب عليه ردّ مثل المقبوض لأنه لو وجب عليه مثل المشروط للزمه زيادة ضرر بسبب تبرعه ولو كان الفسخ بخيار رؤية أو شرط تعيب بقضاء يجب رد المقبوض إجماعاً لأنه فسخ من كل وجه بخلاف الإقالة والردّ بالعيب بغير قضاء / . [١٥٠ ب/٢]

قال رحمه اللّه: (**وهلاك المبيع يمنع**) أي: يمنع صحة الإقالة لأن شرط صحة الإقالة قيام العقد لأنها رفع العقد والعقد يقوم به وهو محل له فلا يبقى بعد هلاكه بخلاف هلاك الثمن حيث لا يمنع من صحتها لأن الثمن ليس بمحلٍّ للعقد فلا يشترط قيامه وهذا لأنه يثبت له حكم الوجود في الذمة بالعقد فكان حكماً للعقد وحكم الشيء يعقبه فلا يكون محلاً له لأن المحل شرط، والشرط يسبق فكان بينهما تناف ولهذا يبطل البيع بهلاك المبيع قبل القبض لا بهلاك الثمن.

قال رحمه اللّه: (وهلاك بعضه بقدره) أي: هلاك بعض المبيع يمنع صحة الإقالة بقدره لأن الجزء معتبر بالكل فيتقدر بقدره ولو تقايضا عبداً بجارية فهلك أحدهما صحت الإقالة في الباقي منهما لأن كل واحد منهما مبيع فكان المبيع قائماً بخلاف ما لو هلكا جميعاً حيث لا يجوز لعدم محله بخلاف ما لوهلك البدلان في الصرف حيث تجوز الإقالة بعد هلاكهما لأن المعقود عليه في الصرف ما وجب لكل

زيدت على ما ذكره الشارح تكون المسائل ستاً فتنبه. **قوله في المتن: (قبل قوله: وهلاك المبيع إلخ وهلاك الثمن لا يمنع الإقالة)** هو من المتن وقد أسقطه الشارح.

واحد منهما في ذمة صاحبه، وذلك لايتصوّر هلاكه والمقبوض غيره فلا يمنع هلاكه صحة الإقالة ولهذا لو كانا قائمين وتقايلا لا يلزمهما ردّ المقبوض بعينه بل لهما أن يردّا مثل المقبوض من جنسه فعلم بذلك أنه لا تعلق له بالمقبوض، ألا ترى أنهما لو تقايلا فيه فهلك البدلان لا تبطل الإقالة فكذا لو تقايلا بعد هلاكهما بخلاف بيع المقايضة لأن الإقالة تتعلق بأعيانهما كالبيع فتبطل بهلاكهما قبل القبض كالبيع لتعين البدلين فيهما والله أعلم.

باب التولية

وهي أن يجعل غيره والياً فكأن المشتري يجعل المشتري منه والياً بما اشتراه ثم أنواع البياعات بحسب الثمن الذي يذكر بمقابلة السلعة أنواع أربعة: المساومة وهي التي لا يلتفت فيها إلى الثمن السابق **والمرابحة والتولية والوضيعة** وهي البيع بأنقص من الثمن الأوّل.

قال رحمه الله: (هي) أي: **التولية**. (**بيع بثمن سابق** والمرابحة به وبزيادة) **وهذا أحسن من قول بعضهم** هما نقل ما ملكه بالعقد الأوّل بالثمن الأوّل مع زيادة ربح أو من

باب التولية

لما فرغ عن بيان إيقاع البيوع اللازمة وغير اللازمة كالبيع لشرط الخيار وكانت هي بالنظر إلى جانب المبيع، شرع في بيان أنواعها بالنظر إلى جانب الثمن كالمرابحة والتولية والربا والصرف وتقديم الأول على الثاني لأصالة المبيع دون الثمن اهـ غاية. وكتب ما نصه قال العيني: وهي مصدر ولَّى غيره أي جعله والياً وفي الشرع ماذكره المصنف اهـ قال صاحب التحفة: البيع في حق البدل ينقسم خمسة أقسام بيع المساومة وهو البيع بأي ثمن اتفق وهو المعتاد وبيع المرابحة وهو تمليك المبيع بمثل الثمن الأول وزيادة ربح والثالث بيع التولية وهو تمليك المبيع بمثل الثمن الأول من غير زيادة ولانقصان والرابع الاشتراك وهو بيع التولية في بعض المبيع من النصف ونحوه والخامس بيع الوضيعة وهو تمليك المبيع بمثل الثمن الأول مع نقصان منه يسير اهـ إتقاني. **قوله**: (**والمرابحة والتولية**) أي: لم يفسرهما اكتفاء بما في المتن اهـ **قوله**: (**والوضيعة**) قال في المستصفى: ولم يذكر القسم الثاني في هذا الكتاب لأن ذلك لايقع إلا نادراً لأن الغرض من المبايعات الاسترباح اهـ وقوله: ولم يذكر القسم الثاني المراد منه بيع الوضيعة اهـ **قوله**: (**التولية بيع بثمن سابق**) أي وهو البيع بالثمن الأول من غير زيادة ولا نقصان اهـ عيني. **قوله**: (**وهذا أحسن من قول**

غير زيادة ربح لأنه لا يشترط فيه أن ينقل ما ملكه بالعقد حتى لو ضاع المغصوب عند الغاصب وضمن قيمته ثم وجده جاز له أن يبيعه مرابحة وتولية على ما ضمن، وإن لم يكن فيه نقل ما ملكه بالعقد والعقدان جائزان شرعاً لاجتماع شرائط البيع ولتعامل الناس بهما إلى يومنا هذا، ولأن من لا يهتدي إلى التجارة يحتاج أن يعتمد على فعل الذكي المهتدي فيها وتطيب نفسه بالزيادة على ما اشتراه، ولهذا كان مبناهما على الأمانة **والاحتراز عن الخيانة وشبهتها** ومست الحاجة إلى هذا النوع من البياعات فوجب القول بجوازهما، **ولما أراد** «**عليه الصلاة والسلام الهجرة** ابتاع أبو بكر بعيرين «فقال له عليه الصلاة والسلام: ولني أحدهما فقال له: هو لك بغير شيء فقال: أما بغير شيء فلا»[١].

بعضهم) منهم صاحب الهداية والقدوري اهـ **قوله: (والاحتراز عن الخيانة وشبهتها)** أي: حتى لو اشترى شيئاً مؤجلاً ليس له أن يبيعه مرابحة إلا إذا بين التأجيل اهـ غاية. لأن الأجل معنى يزاد في الثمن لأجله فكان فيه شبهة الاعتياض عن الأجل، فلو باعه مرابحة يصير كأنه اشترى شيئين بثمن فباع أحدهما مرابحة على جميع الثمن فكان فيه شبهة الخيانة اهـ **قوله: (ولما أراد عليه السلام الهجرة إلخ)** أخذه من الهداية قال الكمال: وحديث أبي بكر الذي ذكره المصنف في البخاري عن عائشة وفيه أن أبا بكر قال للنبي ﷺ «خذ بأبي أنت وأمي إحدى راحلتي هاتين فقال ﷺ: بالثمن»[٢] أخرجه في بدء الخلق. وفي مسند أحمد «قال ﷺ: أخذتها بالثمن»[٣] وفي الطبقات لابن سعد وكان أبو بكر قد اشتراهما بثمانمائة درهم من نعم بني قشير فأخذ إحداهما وهي القصوى فما رواه المصنف يصح بالمعنى وتفصيله قريب مما ذكره ابن إسحاق في السيرة قال فيها: فلما قرّب أبو بكر الراحلتين إلى رسول الله ﷺ قدم أفضلهما ثم قال له: اركب فداك أبي وأمي فقال له رسول الله ﷺ: «لا أركب بعيراً ليس لي قال: فهي لك يا رسول الله قال: لا ولكن ما الثمن الذي ابتعتها به قال: كذا وكذا قال: قد أخذتها بذلك قال: هي لك يا رسول الله فركبا وانطلقا[٤] ذكر السُهيلي عن بعض أهل العلم أنه سئل لِمَ لم يقبلها إلا بالثمن وقد أنفق عليه أبو بكر أضعاف ذلك وقد دفع إليه حين بنى بعائشة ثنتي عشرة أوقية حين قال له أبو بكر ألا تبني بأهلك يا رسول الله فقال: لولا الصداق فدفع إليه ثنتي عشرة أوقية ونشاً والنش هنا عشرون درهماً فقال: إنما فعل لتكون الهجرة منه ﷺ بنفسه وماله رغبة منه ﷺ في استكمال فضل الهجرة إلى الله وأن تكون على أتم أحوالها وهو جواب حسن اهـ

---

(١) ذكره الزيلعي في نصب الراية (٤ / ٣١).

(٢) أخرجه البخاري في المناقب (٣٩٠٦).

(٣) أخرجه البخاري في البيوع (٢١٣٨)، وأحمد في مسنده (٢٥٢٤٦).

(٤) هو محمد بن إسحاق المتوفي سنة (١٥١هـ).

قال رحمه اللّه: (**وشرطهما كون الثمن الأوّل مثلياً**) لأنه إذا لم يكن مثلياً لم يعرف قدره فلا تتحقق التولية ولا المرابحة **فلا يجوز إلا إذا باعه بذلك البدل ممن يملكه** أو به وبزيادة ربح معلوم فحينئذٍ يجوز لانتفاء الجهالة ولو باعه به وبعشر قيمته أو ثمنه لا يجوز لأنه باعه بذلك وببعض قيمة ذلك البدل وهو مجهول فلا يجوز، ولو كان البدل مثلياً فباعه به وبعشره إن كان المشتري يعلم جملة الثمن صح، وإن لم يكن عالماً به فإن علم في المجلس جاز وله الخيار وإلا فسد كما لو باع الثوب برقمه ومن شرطهما أن لا يكون صرفاً حتى لو باع دنانير بدراهم لا تجوز فيه المرابحة/ ولا [١٥١/٤/٢] التولية لأنهما في الذمة فلا يتصوّر فيه المرابحة والتولية والمقبوض غير ما وجب بالعقد.

قوله في المتن: (وشرطهما كون الثمن الأول مثلياً) قال الإتقاني رحمه اللّه: وجملة البيان فيه ما قال صاحب التحفة: إذا باع شيئاً مرابحة على الثمن الأول فلا يخلو إما أن يكون من ذوات الأمثال كالدراهم والدنانير والمكيل والموزون والعددي المتقارب أو يكون مثل العدديات المتفاوتة مثل العبيد والثياب والدور والبطاطيخ والرمان ونحوها، أما إذا كان الثمن الأول مثلياً فباعه مرابحة على الثمن الأول بزيادة ربح يجوز سواء كان الربح من جنس الثمن الأول أو لم يكن يعني أن يكون شيئاً مقدراً معلوماً نحو الدرهم والثوب مشاراًإليه أو ديناراً لأن الثمن الأول معلوم والربح معلوم، فأما إذا كان الثمن الأول لا مثل له فأراد أن يبيعه مرابحة عليه فهذا على وجهين إما أن يبيعه ممن كان العوض في يده وملكه أو من غيره فإن باعه ممن ليس في ملكه ويده لا يجوز لأنه لا يخلو، إما أن يبيعه مرابحة بذلك العوض أو بقيمته، ولا وجه للأول لأن العوض ليس في ملك من يبيعه منه ولا وجه أن يبيعه مرابحة بقيمته لأن القيمة تعرف بالحزر والظن فتتمكن فيه شبهة الخيانة، وأما إذا أراد أن يبيعه مرابحة ممن كان العوض في يده فهذا على وجهين إن قال: أبيعك مرابحة بالثمن الذي في يدك وبربح عشرة دراهم جاز لأنه جعل الربح على الثوب عشرة دراهم، وهي معلومة وإن قال: أبيعك ده يازده، فإنه لا يجوز لأن تسمية ده يازده أو أحد عشر يقتضي أن يكون الربح من جنس رأس المال لأنه لا يكون أحد عشر إلا وأن يكون الحادي عشر من جنس العشرة فصار كأنه باع بالثمن الأوّل وهو الثوب وبجزء من جنس الأول، والثوب لا مثل له من جنسه ثم في بيع المرابحة يعتبر رأس المال وهو الثمن الأوّل الذي ملك المبيع به ووجب بالعقد دون ما نقده بدلاً عن الأول بيانه إذا اشترى ثوباً بعشرة دراهم ثم أعطى عنها ديناراً أو ثوباً قيمته عشرة دراهم أو أقل أو أكثر، فإن رأس المال هو العشرة المسماة في العقد دون الدينار والثوب لأن هذا يجب بعقد آخر وهو الاستبدال كذا في التحفة اهـ **قوله: (فلا يجوز إلا إذا باعه بذلك البدل ممن يملكه)** صورته: رجل باع عبداً بثوب وملك ذلك الثوب غيره بسبب من الأسباب، وذلك الغير الذي في يده الثوب يشتري هذا

قال رحمه الله: (وله أن يضم إلى رأس المال أجر القصار **والصبغ** والطراز والفتل و**حمل الطعام** وسوق الغنم) لأن العرف جرى بإلحاق هذه الأشياء برأس المال وهو المعتبر ولهذا لا يعد ذلك خيانة إذا تبين له والأصل فيه أن كل ما يزيد في المبيع أو في قيمته يلحق به، فهذا هو الأصل، وما ذكرنا بهذه الصفة لأن الصبغ والفتل والقصارة والطراز يزيد في العين والحمل والسوق يزيدان في القيمة **لأنها تختلف باختلاف الأماكن** وعلى هذا له أن يضيف إليه أجرة الغسل والخياطة ونفقة تجصيص الدار وطي البئر وكري الأنهار والقناة والمسناة والكراب وكسح الكروم وسقيها والزرع وغرس الأشجار **فإن فعل شيئاً من ذلك بيده لا يضمه، وذكر في المحيط أنه يضم طعام المبيع وكسوته** وكراءه **وأجرة السمسار إن كانت مشروطة** في العقد وإلا فأكثرهم على على أنها لا تضم ولا يضم أجرة الدلال بالإجماع، وكذا ما هو سبب لبقائه إلى وقت كالطعام وفي المخزن يضم لأنه يزداد قيمته من حيث أنه يدفع عنه ضرر الحر والبرد.

العبد بذلك الثوب وبربح درهم جاز اهـ غاية. **قوله في المتن: (والصبغ)** قال الكمال رحمه الله: أسود كان الصبغ أو غيره اهـ **قوله: (وحمل الطعام)** أي براً أو بحراً اهـ كمال. **قوله: (لأنها تختلف باختلاف الأماكن)** قال في الإيضاح: هذا المعنى ظاهر ولكن لا يتمشى في بعض مواضع والمعنى المعتمد عليه عادة التجار حتى يعم المواضع كلها اهـ كمال رحمه الله. **قوله: (فإن فعل شيئاً من ذلك بيده لا يضمه)** أي وكذلك لو تطوّع متطوّع بهذه الأعمال أو بإعارة اهـ كمال. **قوله: (وذكر في المحيط أنه يضم طعام المبيع وكسوته إلخ)** لا نفقة المشتري على نفسه في سفره اهـ وكتب ما نصه قال الكرخي في مختصره: وكذلك إن كان مضارباً أنفق على الرقيق في طعامهم وكسوتهم، وما لا بد لهم منه إذا كان ما أنفق من ذلك بالمعروف فإن كان أسرف لم يضم الفضل وضم ما بقي ولا يضم ما أنفق على نفسه في سفره في كسوته وطعامه ومركبه ودهنه وغسل ثيابه، ولا يضم أيضاً ما أنفق على مرضى الرقيق في أجرة طبيب أو حجام أو دواء ويضم ما أنفق على الغنم في سياقها ولا يضم أجر الراعي ولا جعل آبق ولا يضم التاجر أيضاً ما أنفق على نفسه، ولا يضم ما أنفق في تعليم صناعة ولا قرآن ولا شعر ولا في تعليم غير ذلك إلى هنا لفظ الكرخي اهـ غاية. **قوله: (وأجرة السمسار إن كانت مشروطة إلخ)** قال الكمال: وتضم أجرة السمسار في ظاهر الرواية، وفي جامع البرامكة لا تضم لأن الإجارة على الشراء لا تصح إلا ببيان المدّة وجه ظاهر الرواية العرف فيه، وقيل: إن كانت مشروطة في العقد تضم وقيل: أجرة الدلال لا تضم كل هذا ما لم تجر عادة التجار ولا يضم ثمن الجلال ونحوها في الدواب وتضم الثياب في الرقيق وطعامهم إلا ما كان سرفاً وزيادة ويضم علف الدواب إلا أن يعود عليه شيء متولد كألبانها

قال رحمه الله: **(ويقول: قام عليّ بكذا) ولا يقول: اشتريته بكذا** تحرزاً عن الكذب.

قال رحمه الله: (ولا يضم أجرة الراعي والتعليم **وكراء بيت الحفظ**) لعدم العرف بإلحاقه برأس المال، ولأن الرعي حفظ وهو لا يزيد في العين ولا في القيمة شيئاً وثبوت الزيادة في التعليم **لمعنى في نفسه وهو ذكاؤه وذهنه** ولا يضم حفر البئر، ويضم أجرة من يذبح الحيوان ويسلخها واتخاذ الخشب أبواباً وثقب اللؤلؤ ولو زوّج العبد لا يضم المهر إلى رأس المال ولا يحط مهر الأمة لزوجها ولا يضم أجرة الطبيب والرائض والبيطار والحجامة، وجعل الآبق ونفقة نفسه وكرائه وأجرة الختان والفداء في الجناية لأن التجار لا يضمون هذه الأشياء إلى رأس المال ولأنها لا تزيد شيئاً في العين ولا في القيمة فلا يجوز إلحاقها برأس المال، والذي يؤخذ في الطرق من الظلم لا يضم إلا في موضع جرت العادة فيه بينهم بالضم.

قال رحمه الله: (**فإن خان** في مرابحة أخذه بكل ثمنه أو رده وحط في التولية)

وصوفها وسمنها فيسقط قدر ما نال ويضم ما زاد بخلاف ما إذا أجر الدابة أو العبد أو الدار فأخذ أجرته فإنه يرابح مع ضم ما أنفق عليه، لأن الغلة ليست متولدة من العين وكذا دجاجة أصاب من بيضها يحتسب ما ناله وبما أنفق ويضم الباقي اهـ ما قال الكمال. **قوله في المتن: (ويقول: قام عليّ بكذا ولا يقول: اشتريته بكذا إلخ)** وهذا بخلاف ما إذا اشترى الرجل متاعاً ثم رقمه بأكثر من ثمنه ثم باعه مرابحة على رقمه فهو جائز، وهي مسألة الأصل حيث لا يقول: قام عليّ بكذا ولا اشتريته بكذا لأنه كذب، وإنما يقول: رقمه كذا وكذا فأنا أبيعه مرابحة على ذلك، قال محمد في الأصل: وكذلك لو كان أصله ميراثاً أو هبة أو صدقة أو وصية فقومه قيمته ثم باعه مرابحة على تلك القيمة كان ذلك جائزاً اهـ غاية. **قوله: (وكذا بيت الحفظ)** كذا بخط الشارح والذي في نسخ المتن وكري بيت الحفظ اهـ **قوله: (لمعنى في نفسه)** أي في نفس المعلم اهـ **قوله: (وهو ذكاؤه وذهنه)** أي فلم يكن ما أنفقه على المعلم موجباً للزيادة في المالية ولا يخفى ما فيه إذ لا شك في حصول الزيادة بالتعلم، ولا شك أنه مسبب عن التعليم عادة وكونه بمساعدة القابلية في المتعلم فهو كقابلية الثوب للصبغ فلا تمنع نسبته إلى التعليم كما لا تمنع نسبته إلى الصبغ فإنما هو شرط والتعليم علة عادية فكيف لا يضم، وفي المبسوط أضاف نفي ضم المنفق في التعليل إلى أنه ليس فيه عرف، قال: وكذا في تعليم الغناء والعربية قال: حتى لو كان في ذلك عرف ظاهر يلحقه برأس المال، وكذا لا يلحق أجرة الطبيب والرائض والبيطار وجعل الآبق لأنه نادر فلا يلحق بالسابق لأنه لا عرف في النادر اهـ كمال. **قوله في المتن: (فإن خان إلخ)** ثم ظهور الخيانة إما بإقرار البائع أوبالبينة أو بالنكول عن اليمين اهـ غاية. وكتب على

وهذا عند أبي حنيفة **وقال أبو يوسف: يحط فيهما** وقال محمد: يخير فيهما لأنهما باشرا عقداً باختيارهما بثمن معلوم فينعقد المسمَّى فيه كما لو باعه مساومة، وكذا المرابحة والتولية للترويج والترغيب فجرى مجرى الوصف، فإذا فات الوصف المرغوب فيه يتخير كما في سائر الأوصاف وكما إذا وجده معيباً **ولأبي يوسف أن الأصل فيه هو المرابحة والتولية** ولهذا ينعقد بقوله: وليتك بالثمن الأول **أو بعتك مرابحة على الثمن الأول** إذا كان الثمن الأول والربح معلومين وذكر الثمن جار مجرى التفسير فلا بد من بناء العقد الثاني على الأول في حق الثمن وقدر الخيانة لم يكن ثابتاً في العقد الأول فلا يمكن إثباته في العقد الثاني فيحط ضرورة غير أنه في التولية يحط قدر الخيانة من الثمن لا غير، وفي المرابحة يحط ذلك القدر من رأس المال ويحط من الربح أيضاً بحسابه لأن الربح ينقسم عليهما فما أصاب الخيانة سقط معه، **وما أصاب غيره ثبت معه** ولأبي حنيفة في الفرق بينهما أن التولية بناء على العقد الأول من كل وجه فلا بد من تقديره بالثمن الأول ولا يثبت فيه ما لم يكن ثابتاً في العقد الأول والمرابحة عقد مبتدأ باشراه باختيارهما، وليس بمبني على الأول فينعقد بالثمن المسمى فيه، ولهذا لا يحتاج في التولية/ إلى ذكر الثمن وفي المرابحة لا بد [١٥١/ب/٢] من ذكر الثمن ليتبين قدر الربح فينعقد بما سمَّيا ولأنه لو لم يحط في التولية لم يبق تولية لأنه يزيد على الثمن الأول فيصير مرابحة فيتغير به التصرف، ولو لم يحط في المرابحة يبقى على حاله إلا أن الربح أكثر مما ظنه المشتري فلم يتغير التصرف فيه فأمكن اعتبار التسمية فيه، وثبت له الخيار لفوات الرضا **ولو هلك المبيع قبل أن يرده أو**

قوله: فإن خان إلى آخره ما نصه صورة المسألة: رجل اشترى بتسعة دراهم شيئاً وقبضه ثم قال لرجل اشتريته بعشرة فوليتك بما اشتريته أو باعه مرابحة بربح زيادة درهم اهـ مشكلات. **قوله**: (**وقال أبو يوسف: يحط فيهما**) أي ولا خيار للمشتري اهـ غاية. وكذا قال الشافعي وأحمد اهـ **قوله**: (**ولأبي يوسف أن الأصل فيه**) أي في عقد البيع اهـ **قوله**: (**هو المرابحة والتولية**) أي لا التسمية كما قال محمد اهـ **قوله**: (**أو بعتك مرابحة على الثمن الأوّل**) أي وإن لم يسم الثمن الأوّل اهـ **قوله**: (**وما أصاب غيره ثبت معه**) أي كما إذا اشترى ثوباً بعشرة على ربح خمسة ثم ظهر أن البائع اشتراه بثمانية يحط قدر الخيانة من الأصل وهو درهمان ويحط من الربح درهماً ويأخذ الثوب باثني عشر درهماً اهـ غاية. وكتب ما نصه قال الكمال لمحمد: إن الاعتبار فيهما ليس إلا للتسمية لأن الثمن به يصير معلوماً، وبه ينعقد البيع والإخبار بأن الثمن الأوّل لا يتعلق الانعقاد به إنما هو ترويج وترغيب فيكون وصفاً مرغوباً فيه كوصف الكتابة والخياطة فبفواته بظهور أن الثمن ليس ذلك يتخير اهـ كمال. **قوله**: (**ولو هلك المبيع قبل أن يردّه**) أي: أو استهلك اهـ فتح. **قوله**: (أو

حدث به ما يمنع الرد لزمه بجميع الثمن المسمى وسقط خياره عند أبي حنيفة وهو المشهور من قول محمد: لأنه مجردخيار فلا يقابله شيء من الثمن كخيار الرؤية والشرط بخلاف خيار العيب لأن المستحق فيه للمشتري الجزء الفائت **وعند العجز عن تسليمه يسقط ما يقابله** من الثمن، وعند محمد أن المشتري يرد قيمة المبيع **ويرجع على البائع بما دفعه إليه من الثمن** بناء على أصله في إقامة القيمة مقام المبيع في التحالف، وعلى قول أبي يوسف: يحط كيفما كان وكذا عند أبي حنيفة في التولية لأنه لو لم يكن له جاز الردّ والأخذ به، وإنما يلزمه الأخذ بالثمن الأول ولو وجد المولى بالمبيع عيباً ثم حدث به عنده عيب لا يرجع بنقصان العيب لأنه لو رجع يصير الثمن الثاني أنقص من الأول وقضية التولية أن يكون الثمن مثل الأول.

قال رحمه اللّه: (ومن اشترى ثوباً فباعه بربح ثم اشتراه فإن باعه بربح طرح عنه كل ربح قبله، وإن أحاط بثمنه لم يرابح) يعني إذا باعه بربح ثانياً بعدما اشتراه ثانياً طرح عنه كل ربح كان قبل ذلك إذا باعه مرابحة **وإن استغرق الربح الثمن لا يبيعه مرابحة، وهذا عند أبي حنيفة، وعندهما: يبيعه مرابحة** على الثمن الأخير، مثاله: إذا اشترى ثوباً بعشرين ثم باعه مرابحة بثلاثين ثم اشتراه بعشرين فإنه يبيعه مرابحة على عشرة ويقول: قام عليّ بعشرة ولو اشتراه بعشرين وباعه بأربعين مرابحة **ثم اشتراه بعشرين** لا يبيعه مرابحة أصلاً، وعندهما: يبيعه مرابحة على العشرين في الفصلين لأن الأخير عقد متجدد منقطع الأحكام عن الأوّل فيجوز بناء المرابحة عليه، كما إذا تخلل ثالث بأن باعه المشتري من أجنبي ثم باعه الأجنبي من البائع ثم اشتراه الأوّل منه فإنه يبيعه مرابحة على الثمن الأخير، وله أن شبهة حصول الربح الأوّل بالعقد الثاني ثابتة لأنه يتأكد به بعدما كان على شرف الزوال بالظهور على عيب، والشبهة كالحقيقة في بيع المرابحة احتياطاً، ولهذا لا تجوز المرابحة فيما أخذه بالصلح لشبهة الحطيطة فيه،

حدث به ما يمنع الردّ) أي: عند ظهور الخيانة في بيع المرابحة اهـ غاية. **قوله: (وعند العجز عن تسليمه يسقط ما يقابله)** أي: يسقط ما قابل العيب من الثمن عند عجز المشتري عن الرد بهلاك المبيع أو بحدوث ما يمنع الفسخ اهـ غاية. **قوله: (ويرجع على البائع بما دفعه إليه من الثمن)** أي: إن كانت القيمة أقل دفعاً للضرر عن المشتري اهـ أك. **قوله: (وإن استغرق الربح الثمن لا يبيعه مرابحة)** أي: إلا أن يبين اهـ كمال. **قوله: (وهذا عند أبي حنيفة)** أي: وهو مذهب أحمد اهـ فتح. **قوله: (وعندهما يبيعه مرابحة)** أي: وقول الشافعي كقولهما كذا في الأسرار وغيره، وأخذ أبو الليث في شرح الجامع الصغير بقولهما اهـ غاية. وأيضاً هو قول مالك اهـ عيني. **قوله: (ثم اشتراه بعشرين)** أي: ممن باعه منه بعد التقابض اهـ كمال.

وكذا فيما اشتراه من أصوله أو فروعه لما له من التوسع فيما لهم الحق بملكه فيصير كأنه اشترى عشرة وثوباً بعشرين في الفصل الأوّل فيطرح عشرة لأنه بالعقد الثاني تأكد وأمن بطلانه وللتأكد حكم الأصول، ألا ترى أن شهود الطلاق قبل الدخول إذا رجعوا يضمنون نصف المهر لتأكدهم ما كان على شرف السقوط بخلاف ما إذا تخلل ثالث لأن التأكد حصل بغيره ويصير في الفصل الثاني، كأنه اشترى ثوباً وعشرين بعشرين درهماً فصار العشرون بالعشرين ولم يبقَ مقابلة الثوب شيء فلا يبيعه مرابحة ولا يقال: على هذا وجب أن يفسد البيع لعدم ما يقابل الثوب من الثمن لأنا نقول: الربح الأوّل لم يصر مقابلاً بالثمن في العقد الثاني حقيقة، وإنما أُعطي له حكم المقابلة احترازاً عن الخيانة فيما بُني على الأمانة وهو حق العبد ولا ينهض ذلك لإفساد العقد **لأن المنع في باب المرابحة لحق العبد** لا لحق الشرع ولا يلزم ما إذا باع مساومة والمسألة بحالها حيث يجوز بالإجماع لأنها ليست بمبنية/ على [١٥٢/١ ٢] الأمانة.

قال رحمه اللّه: (**ولو اشترى مأذون** مديون ثوباً بعشرة وباع من سيده بخمسة عشر يبيعه مرابحة على عشرة وكذا العكس) أي: وكذا لو اشترى المولى ثوباً بعشرة ثم باعه من عبده المأذون له في التجارة المستغرق بالدين بخمسة عشر يبيعه العبد مرابحة على عشرة، لأن العقد الذي جرى بينهما وإن كان صحيحاً لإفادته ملك العين أو التصرف له شبهة العدم لأن العبد ملكه، وما في يده لا يخلو عن حقه فاعتبر عدماً في حق المرابحة لابتنائها على الأمانة فبقي الاعتبار للشراء الأوّل فصار كأن العبد اشتراه للمولى بعشرة في الفصل الأوّل وكأنه يبيعه للمولى في الفصل الثاني فيعتبر الثمن الأوّل لا غير لأن الزائد عليه دائر بين المولى والعبد فلم يتم خروجه عن ملك من كان له، وهذا لأن المرابحة بيع أمانة لقبول قوله من غير بينة ولا يمين فتنتفي عنهما كل تهمة وشبهة خيانة والمسامحة بينهما ظاهرة لكل أحد فيكون ما زاد على الثمن الأول باقياً على ملكه فلا يعتبر خارجاً هذا إذا لم يبين وإن بين أنه اشتراه من عبده أو من سيده جاز لزوال التهمة **واشتراط الدين على العبد كأنه وقع اتفاقاً** لأنه إذا

قوله: (ويقول: قام عليّ بعشرة) أي ولا يقول: اشتريته لئلا يصير كاذباً اهـ غاية. **قوله: (لأن المنع في باب المرابحة لحق العبد)** وأيضاً الخيانة حق الشرع اهـ **قوله في المتن: (ولو اشترى مأذون إلخ)** قال في المبسوط وإذا اشترى الرجل من أبيه أو أمه أو مكاتبه أو عبده أو عبد من مواليه أو مكاتب من مواليه متاعاً بثمن قد قام على البائع بأقل من ذلك فليس للمشتري أن يبيعه مرابحة إلا بالذي قام على البائع للتهمة هذا لفظ محمد في الأصل اهـ غاية. **قوله: (واشتراط الدين على العبد كأنه وقع اتفاقاً)** قال الإتقاني: وقد اختلفت نسخ شروح الجامع

كان لا يجوز مع الدين أن يبيعه مرابحة فمع عدم الدين أولى لوجود ملك المولى فيه بالإجماع، وذكر في المبسوط هذه المسألة ولم يقيده بدين العبد والمكاتب في هذا كالعبد المأذون له لوجود التهمة بينهما.

قال رحمه اللّه: (**ولو كان مضارباً يبيع مرابحة رب المال** باثني عشر ونصف) أي: لو كان من عمل هذا العمل مضارباً بأن كان معه عشرة دراهم مضاربة بالنصف فاشترى ثوباً بعشرة وباعه من رب المال بخمسة عشر **فإنه يبيعه مرابحة باثني عشر ونصف** لأن نصف الربح وهو درهمان ونصف سلم لرب المال ولم يخرج عن ملكه

الصغير فقد قيد فخر الإسلام دين العبد بالمستغرق وقال الصدر الشهيد: عبد مأذون عليه دين محيط برقبته أو غير محيط وقاضيخان قيد بالمحيط أيضاً والعتابي قيد بالمأذون فحسب ولم يذكر الدَّين أصلاً. وقال في شرح الطحاوي: لو اشترى من مماليكه وعبده المأذون عليه دين أولاً دين عليه ومكاتبه فإنه يبيعه مرابحة على أقل الضمانين إلا أن يبين الأمر على وجهه ولكن فسر الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير فقال: فإن كان العبد لا دين عليه فالشراء الثاني باطل لأن العبد إذا كان لا دين عليه فماله لمولاه، فإذا اشترى منه المولى صار كأن المولى اشترى مال نفسه فلا يكون في هذا الشراء فائدة ولو كان العبد عليه دين جاز شراء المولى منه لأن المولى بهذا الشراء يستفيد ملك اليد ولكن لا يبيعه مرابحة إلا بعشرة لأن العبد إذا كان عليه دين فماله لمولاه من وجه لأن المولى يقدر على تحصيل ماله لنفسه لو قضى دين العبد فإذا كان هكذا فشراء المولى منه شراء من وجه وليس بشراء من وجه وبيع المرابحة بيع الأمانة فيؤخذ فيه بالاحتياط فيبيعه على أقل الثمنين، والحاصل أن العقد الواقع بين المولى وعبده المأذون المديون والمكاتب جائز لإفادة ملك اليد ولكن له شبهة العدم لأن الحاصل للعبد لا يخلو عن حق المولى، ولهذا كان للمولى قضاء دين العبد واستخلاص أكسابه وكذلك المكاتب إذا عجز ورد في الرق تسلم أكسابه للمولى فكان الملك للعبد واقعاً للمولى فإذا باع المولى من عبده يجعل العقد كالعدم للشبهة، ويكون العبد في البيع الثاني كالوكيل عن مولاه فلو ثبتت الوكالة حقيقة لم يبعه إلا على عشرة، فلذا تمكنت شبهة الوكالة لأن الشبهة ملحقة بالحقيقة في بيع المرابحة، وإذا اشترى من مولاه يجعل العبد كالوكيل بالشراء عن مولاه فلو كانت الوكالة ثابتة حقيقة لم يبع المولى إلا على عشرة فكذا إذا تمكنت شبهة الوكالة اهـ **قوله في المتن: (ولو كان مضارباً يبيع مرابحة رب المال إلخ)** سيأتي في باب المضاربة في كلام الشارح ما يخالف هذا قبيل قوله: معه ألف بالنصف فاشترى به عبداً قيمته ألفان إلخ والمذهب ما ذكره في المتن فتنبه واللّه الموفق اهـ **قوله: (فإنه يبيعه مرابحة باثني عشر ونصف)** قال في شرح الطحاوي: وكذا لو اشترى رب المال سلعة بألف درهم تساوي ألف

فيحط عن الثمن فيبقى اثنا عشر ونصف خارجة عن ملكه عشرة منها دفعها المضارب إلى بائعه ودرهمان ونصف نصيب المضارب من الذي دفع إليه رب المال بحكم أنه الثمن فتم ما خرج منه في تحصيل هذا الثوب اثنا عشر درهماً ونصف فيبيعه مرابحة عليها، وقال زفر: لايجوز هذا البيع من رب المال لأنه بيع ماله بماله **قلنا: يستفيد كل واحد منهما بهذا العقد ملك اليد والتصرف** وإن كان لا يستفيد ملك الرقبة فكان صحيحاً لإفادته ولا يلزم من جواز البيع إفادة ملك الرقبة، ألا ترى أن المكاتب تجوز تصرفاته ولا يفيد ملك الرقبة، وإنما يفيد ملك اليد فعلم بذلك أن البيع يتبع الفائدة لا الملك عيناً وقد وجدت الفائدة هنا، أما في حق المضارب فظاهر، وأما في حق رب المال فإنه يملك التصرف فيما اشتراه منه بالشراء ولا يملكه قبله وإن كان ملكه لأن المضارب تعلق له به حق، ولهذا لا يملك رب المال وطء الجارية التي اشتراها المضارب وإن لم يكن له فيها ربح، وكذا لايملك نهيه عن بيع العروض والكلام فيه **لكنه مع هذا فيه شبهة العدم لأن المضارب وكيل عنه في البيع الأوّل من وجه فاعتبر البيع الثاني عدماً في حق نصف الربح**.

قال رحمه اللّه: (ويرابح بلا بيان بالتعييب ووطء الثيب) أي **إذا تعيب المبيع من**

درهم وخمسمائة وباعها من المضارب بألف وخمسمائة فإن المضارب يبيعها بألف ومائتين وخمسين إلا إذا بين الأمر على وجهه، وهذا لما ذكرنا أن بيع المرابحة بيع أمانة يجب صونها عن الخيانة وعن شبهتها ما أمكن وفي بيع هؤلاء بعضهم من بعض شبهة وتهمة إلى هنا لفظ شرح الطحاوي اهـ غاية. **قوله: (قلنا: يستفيد كل واحد منهما بهذا العقد ملك اليد والتصرف)** أي وذلك لأن ولاية التصرف انقطعت عن رب المال بتسليم المال إلى المضارب ثم لما اشترى من المضارب استفاد ولاية التصرف اهـ غاية. وكتب ما نصه قال الإتقاني: أعلم أن بيع المضارب من رب المال جائز عندنا لأنه يستفيد ولاية التصرف خلافاً لزفر لأن شراء الإنسان من مال نفسه لا يجوز اهـ **قوله: (لكنه مع هذا فيه شبهة العدم)** أي عدم الجواز لما قلنا من جهة زفر اهـ **قوله: (لأن المضارب وكيل عنه)** أي: ولهذا تبطل المضاربة بموت أحدهما اهـ **قوله: (في البيع الأول من وجه)** أي لأن رقبة المال لرب المال ومن وجه للمضارب، ولهذا إذا اشترى لا يجوز حجر رب المال على المضارب في البيع فلما كان كذلك يبيعه على أقل الثمنين للاحتياط وحصة المضارب من الربح لأن المضارب في ذلك بمنزلة الأجنبي اهـ إتقاني. **قوله: (فاعتبر البيع الثاني عدماً في حق نصف الربح)** أي وهو درهمان ونصف لأن ذلك حق رب المال يسلم ذلك لرب المال فيحط عن الثمن ولا شبهة في أصل الثمن وهو عشرة ولا في نصيب المضارب من الربح وهو درهمان ونصف فلذلك يبيعه مرابحة على اثني عشر درهماً ونصف اهـ إتقاني رحمه اللّه. **قوله: (إذا**

غير صنعه أو وطئ الثيب يبيعه مرابحة من غير أن يبين **لأنه لم يحتبس عنده شيء بمقابلة الثمن** لأن الفائت وصف وهو لا يقابله شيء من الثمن بمجرد العقد لكونه تبعاً، ولهذا/ لو حدث بالمبيع عيب قبل القبض لا يسقط شيء من الثمن غير أن [١٥٢ب/٢] المشتري يتخير بين أخذه بجميع الثمن أو تركه، وكذا منافع البضع لا يقابلها الثمن إذا لم ينقصها الوطء ومعنى أداء الأمانة بالصدق وهو صادق إذا بقي جميع ما يقابله الثمن وعن أبي يوسف في التعيب أنه لا يبيع من غير بيان كما إذا حصل بفعله **وهو قول الشافعي وزفر** على اختلاف تخريجهما فإن زفر يوجب البيان باعتبار أن المشتري لو علم أنه اشتراه غير معيب لم يرض به بذلك الثمن بعدما دخله العيب والشافعي يوجب البيان باعتبار أن الأوصاف لها حصة من الثمن عنده ولا فرق فيها بين أن يحصل بفعله أو بآفة سماوية ونحن نقول: ما يقابله الثمن كله قائم فلا يبالي بذهاب ما لايقابله الثمن، ألا ترى أنه لو توسخ الثوب لايجب عليه البيان فصار نظير ما إذا نقص بتغير السعر، وفي نوادر هشام ذكر محمد فقال: هذا إذا نقصه العيب شيئاً يسيراً، وإن نقصه قدر ما لا يتغابن الناس فيه لا يجوز بيعه مرابحة.

قال رحمه الله: (وببيان بالتعييب ووطء البكر) أي يبيعه مرابحة بشرط أن يبين العيب إذا كان حادثاً بالتعييب منه **سواء كان ذلك بفعله أو بفعل غيره وأخذ أرشه لأنه صار مقصوداً بالإتلاف** فيقابله شيء من الثمن ووطء البكر تعييب، لأن العذرة جزء من العين **فإزالتها تعييب لها فيقابله الثمن** وإن تعيب بفعل المبيع في نفسه، كما إذا فقأ عين نفسه فهو بمنزلة ما لو تعيب بآفة سماوية فجاز أن يبيعه مرابحة من غير بيان لأن فعله في نفسه هدر فلا يعتبر، ثم اعلم أن المراد بقولهم يبيعه مرابحة من غير بيان أي: من غير بيان أنه اشتراه سليماً بكذا من الثمن ثم أصابه العيب عنده بعد ذلك،

تعيب المبيع من غير صنعه) أي بأن اشترى جارية فاعورَّت مثلاً اهـ **قوله: (لأنه لم يحتبس عند شيء بمقابلة الثمن)** أي لأن المستوفى ليس بمال فلم يقابله البدل فكان كالاستخدام اهـ غاية. **قوله: (وهو قول الشافعي وزفر إلخ)** وفيقول زفر إذا اعورّت بآفة سماوية لا يبيعها مرابحة من غير بيان لأنها قد تغيرت عن حالها التي اشتراها قال الفقيه أبو الليث: وقول زفر: أجود ثم قال: وبه نأخذ اهـ غاية البيان. **قوله: (سواء كان ذلك بفعله أو بفعل غيره وأخذ أرشه)** هذا وقع اتفاقاً إذ يجب البيان وإن لم يأخذ الأرش ولهذا ذكره في المبسوط من غير قيد أخذ الأرش اهـ **قوله: (لأنه صار مقصوداً بالإتلاف)** أي ولهذا لو فعل ذلك بعد العقد قبل القبض تسقط حصته من الثمن لأنه حبس جزءاً صار مقصوداً أو حبس بدله فلا يجوز بيع الباقي مرابحة على ذلك الثمن اهـ إتقاني. **قوله: (فإزالتها تعييب لها فيقابله الثمن)** أي وكذا لو حبس نماؤه كالثمرة والولد والصوف أو هلك بفعله أو بفعل الأجنبي، وإن هلك بآفة

وأما بيان نفس العيب فلا بد منه بأن يبين العيب والثمن من غير أن يبين أنه اشتراه سليماً ثم حدث به العيب عنده لأن بيان ما فيه من العيب واجب شرعاً لقوله ﷺ «من غشنا فليس منا»[١] فلا يجوز إخفاؤه ثم في كل موضع ليس له أن يبيعه مرابحة إلا ببيان فلم يبين فللمشتري أن يرده عليه إذا علم خيانته، وعلى هذا لو اشترى ثوباً فأصابه **قرض فأر** أو حرق نار **يبيعه مرابحة من غير بيان** ولو تكسر بنشره وطيّه **لا يبيعه مرابحة حتى يبين** لما بينا من المعنى.

قال رحمه الله: (ولو اشترى بألفٍ نسيئة وباع بربح مائة **ولم يبين خُيِّر المشتري**) لأنه يزاد على الثمن لأجل الأجل فكان له شبهة بالمبيع والشبهة في هذا الباب ملحقة بالحقيقة فصار كأنه اشترى شيئين **وباع أحدهما مرابحة على ثمنهما فيثبت له الخيار عند علمه بمثل هذه الخيانة**، أو نقول: إن الثمن المؤجل أنقص في المالية من الحال ولهذا حرم الشرع النساء في الأموال الربوية فيكون ما أخذ من المشتري أزيد في الحكم فيثبت له الخيار عند علمه بذلك، وكذا في التولية إذا علم أن الثمن كان مؤجلاً يثبت له الخيار لأن الخيانة في التولية مثلها في المرابحة لأنهما مبنيان على الثمن الأوّل.

قال رحمه الله: (فإن أتلف فعلم لزم بألف ومائة) أي إذا أتلف المشتري المبيع في هذه الصورة ثم علم أن الثمن كان مؤجلاً لزمه ألف ومائة لأن الأجل ليس بمال متقوّم فلا يقابله شيء من الثمن وإنما فيه ترفه فيزداد الثمن لأجله فيثبت له الخيار فيما إذا كان المبيع قائماً نظراً لهذا الجانب لأن إقدامه على المرابحة يقتضي

سماوية جاز بيعه مرابحة من غيربيان اهـ زاهدي. وذكر في شرح عيون المسائل[٢]، ولو أن رجلاً اشترى جارية، ولها لبن فآجرها لترضع فله أن يبيعها مرابحة لأن عقد الإجارة ما ورد على العين وإنما ورد على المنافع فلم يأخذ العوض عن عين ملكها بالشراء، وإنما أخذ العوض عن المنافع الحادثة على ملكه اهـ **قوله**: (**قرض فار**) القرض بالقاف والفاء اهـ من خط الشارح. **قوله**: (**يبيعه مرابحة من غير بيان**) أي لأن الأوصاف تابعة لا يقابلها شيء من الثمن اهـ غاية. **قوله**: (**لا يبيعه مرابحة حتى يبين**) أي لأنه صار مقصوداً بالإتلاف اهـ غاية. **قوله**: (**ولم يبين خير المشتري**) أي فإن شاء رده وإن شاء قبل اهـ هداية. **قوله**: (**وباع أحدهما مرابحة على ثمنهما**) أي: وذلك حرام يجب الاحتراز عنه فكذا هذا اهـ إتقاني. **قوله**: (**فيثبت**

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) عيون المسائل للإمام أبي الليث السمرقندي المتوفى سنة (٣٧٦هـ) وشرحه الإمام علاء الدين محمد بن عبد الحميد الأسمندي السمرقندي المعروف بالعلاء العالم فسماه حصر المسائل وقصر الدلائل. كشف الظنون (٢/١١٨٧).

السلامة عن مثل هذه الخيانة، **فإذا هلك أو استهلكه المشتري لم يبق له الخيار نظراً لجانب عدم المالية في الأجل حقيقة** أو نقول: تعذر/ الرد بالهلاك فبطل خياره كسائر [١٥٣/٢/١] الخيارات من خيار الشرط أو الرؤية.

قال رحمه الله: (وكذا التولية) أي التولية مثل المرابحة فيما ذكرنا من الخيار ما دام المبيع قائماً وبعد الهلاك أو الاستهلاك لا خيار له **بل يلزمه جميع الثمن** لما ذكرنا، **وعن أبي يوسف أنه يرد قيمة الهالك ويسترد كل الثمن** كما قال: فيما إذا استوفى عشرة زيوفاً مكان عشرة جياد وعلم بعد الإنفاق يرد مثل الزيوف ويرجع بالجياد، وقال الفقيه أبو جعفر: المختار للفتوى أن يقوم المبيع بثمن حال وبثمن مؤجل فيرجع عليه بفضل ما بينهما للتعارف، وهذا إذا كان الأجل مشروطاً في العقد وإن لم يكن مشروطاً فيه ولكنه معناه متعارف بينهم أن يؤخذ منه في كل جمعة قدر معلوم قيل: لابد من بيانه لأن المعتاد كالمشروط والجمهور على أنه يبيعه مرابحة بلا بيان لأن الثمن حال، وإنما سامحه البائع واستوفى منه الثمن منجماً وقد قالوا: في المغبون غبناً فاحشاًله أن يردَّه على بائعه بحكم الغبن وقال أبو علي النسفي: فيه روايتان عن أصحابنا ويفتي برواية الرد رفقاً بالناس وكان صدر الإسلام أبو اليسر يفتي بأن البائع إن قال: للمشتري قيمة متاعي كذا، أو قال متاعي يساوي كذا فاشترى بناء على ذلك وظهر بخلافه له الرد بحكم أنه غرّه وإن لم يقل ذلك فليس له الرد، وقال بعضهم: لا يرد به كيفما كان والصحيح أن يفتي بالرد إن غره وإلا فلا.

قال رحمه الله: (**ومن ولي** رجلاً شيئاً **بما قام عليه** ولم يعلم المشتري بكم قام عليه فسد البيع) لجهالة الثمن جهالة تفضي إلى المنازعة.

له الخيار عند علمه بمثل هذه الخيانة) أي: كما في العيب اهـ هداية. **قوله: (فإذا هلك أواستهلكه المشتري)** أي بوجه بأن باعه أو بوجه آخر اهـ غاية. **قوله: (لم يبق له الخيار)** أي ولم يرجع بشيء اهـ إتقاني. **قوله: (نظراً لجانب عدم المالية في الأجل حقيقة)** قال الإتقاني: والأجل لا يقابله شيء من الثمن حقيقة ولكن فيه شبهة المقابلة فباعتبار شبهة الخيانة كان له أن يفسخ البيع إن كان المبيع قائماً فإما أن يسقط شيء من الثمن بعد الهلاك بمقابلة الأجل فلا اهـ **قوله: (بل يلزمه جميع الثمن)** أي حالاً كما في المرابحة اهـ إتقاني. **قوله: (وعن أبي يوسف أنه يردُّ قيمة الهالك ويسترد كل الثمن إلخ)** قال الإتقاني رحمه الله: قال الفقيه أبو الليث: في شرح الجامع الصغير روي عن محمد أنه قال: للمشتري أن يرد قيمته ويسترد الثمن لأن القيمة قامت مقامه وهذا على أصله مستقيم كما في التحالف والتراد أن القيمة قامت مقامه فكذلك هاهنا. وروي عن أبي يوسف في النوادر أنه قال: يرد قيمة العين ويسترد الثمن وهو نظير ما قال: فيمن كان له على آخر عشرة دراهم جياد فاستوفى

قال رحمه الله: (**ولو علم في المجلس خُيِّر**) لأن جهالة الثمن فساد في صلب العقد إلا أنه في مجلس العقد غير متقرر، لأن ساعات المجلس كساعة واحدة دفعاً للعسر وتحقيقاً لليسر فصار التأخير إلى آخر المجلس عفواً كتأخير القبول إلى آخر الملجس يرتبط بالإيجاب، وإن تخللت بينهما ساعات فكذا العلم الحاصل في آخر الملجس كالعلم الحاصل في أوّلِه فيصح على تقدير الابتداء، وأما بعد الافتراق فإصلاح لا ابتداء لتقرر الفساد بالافتراق وهذا فساد لا يحتمل الإصلاح **ونظيره بيع الشيء برقمه،** فإن البيع فيه فاسد فإن أعلمه البائع في المجلس صح وإلا فلا، **وإنما يُخيرٌ لخلل في رضاه** لأن الرضا بالشيء لا يتم قبل العلم به.

فصـــل

قال رحمه الله: (صح بيع العقار قبل قبضه) **وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف** وقال محمد: لا يجوز لقوله عليه الصلاة والسلام: «إذا اشتريت شيئاً فلا تبعه حتى تقبضه»[1] رواه أحمد. ولأنه لا يقدر على تسليمه قبل قبضه فلا يجوز بيعه كالمنقول،

زيوفاً ولم يعلم حتى أنفقها يرد زيوفاً مثلها ويأخذ الجياد اهـ **قوله في المتن: (ومن ولي)** أي باع له بالتولية اهـ **قوله: (بما قام عليه إلخ)** المراد بما قام عليه ما اشتراه به مع ما لحقه من المؤن نحو الصبغ والفتل اهـ إتقاني. **قوله في المتن: (ولو علم في المجلس خير إلخ)** إن شاء أخذ وإن شاء ترك اهـ **قوله: (ونظيره بيع الشيء برقمه)** أي بعلامة أعلمها البائع على الثوب أن ثمنه كذا فإنه ملعوم عند البائع ومجهول عند المشتري وكان البيع فاسداً لجهالة الثمن اهـ إتقاني. **قوله: (وإنما يخير لخلل في رضاه إلخ)** قال الإتقاني: وإنما وجب الخيار لخلل في الرضا لأن الرضا لا يتحقق قبل المعرفة بمقدار الثمن كما لا يتحقق قبل الرؤية للجهل بالصواب وقد ورد الشرع في خيار الرؤية، وهذا في معناه فكان ملحقاً به اهـ

فصـــل

قال الإتقاني رحمه الله: مسائل هذا الفصل لما كان البيع فيها مقيداً بوصف زائد أشبهت المرابحة والتولية من حيث أن فيهما قيداً زائداً على أصل البيع ولكنها ليست بمرابحة ولا تولية فجيء بالفصل لهذا اهـ **قوله: (وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف)** قال الإتقاني: وهو الاستحسان والقياس أن لا يجوز وهو قول محمد وزفر والشافعي. كذا قال في شرح الطحاوي: وصحة القبض بأحد الأمرين إما بالتخلية كمافي المنقول وغيره أو بحقيقة القبض كما في المنقول وجه قول محمد عموم النهي وهو ما روي أنه عليه الصلاة

---

(١) أخرجه النسائي في البيوع (٤٦٠٣)، وأحمد في مسنده (١٤٨٩٢).

ولهذا لا تجوز إجارته قبل القبض **ولهما أنه لا يتوهم انفساخ العقد فيه** بالهلاك وهو مقدور التسليم فصار كالمهر، وبدل الخلع والعتق **وبدل الصلح عن دم العمد وهذا لأن هلاك العقار نادر** ولا يمكن تعييبه ليصير هالكاً حكماً حتى لو تصوّر هلاكه قبل القبض قالوا: لا يجوز بيعه وذلك **بأن كان على شط النهر ونحوه وما رواه معلول** بغرر انفساخ العقد بالهلاك قبل القبض وذلك لا يتصوّر فيه إلا نادراً والنادر لا حكم له فصار كاحتمال غرر الانفساخ بالاستحقاق بعد القبض فيه، وفي المنقول، والدليل على أنه معلول به أن التصرف في الثمن قبل القبض جائز لأنه لا غرر فيه، وكذلك التصرف في المهر ونحوه جائز قبل القبض لما أمن منه، والفقه فيه أن المطلق للتصرف وهو الملك قد وجد لكن الاحتراز عن الغرر/ [١٥٣ب/٢] واجب لما أمكن وذلك فيما يتصوّر فيه الغرر والإجارة قبل القبض قيل: على هذا الخلاف قلنا أن نمنع، وقيل: إنه لا يجوز بلا خلاف وهو الصحيح، والفرق: لهما أن المعقود عليه في الإجارة المنافع وهلاكها غير نادر لأنها بمنزلة المنقول.

والسلام نهى عما لم يقبض وهو بعمومه يشمل المنقول والعقار جميعاً، ولأن بيع المنقول قبل القبض لا يجوز فكذا غير المنقول لأن عدم القبض موجود فيهما جميعاً ولأن المقصود من البيع الربح وربح ما لم يضمن منهي شرعاً، والنهي يقتضي الفساد فيكون البيع فاسداً قبل القبض كما في المنقول لأنه لم يدخل في ضمانه، ولهذا لا يجوز إجارته قبل القبض اهـ **قوله: (ولهما أنه لا يتوهم انفساخ العقد فيه)** والأصل فيه أن ما لا ينفسخ العقد فيه بالهلاك فالتصرف فيه جائز قبل القبض كالمهر وبدل الخلع والعتق وبدل الصلح عن دم العمد، وعلل الكرخي في مختصره بقوله: لأن هلاكه لا ينقض العقد ويكون على الذي بدل قيمته اهـ **قوله: (وبدل الصلح عن دم العمد)** أي فإن التصرف فيها جائز قبل القبض اهـ **قوله: (وهذا لأن هلاك العقار نادر إلخ)** قال الإتقاني: ولنا أن ركن البيع صدر من أهله مضافاً إلى محله فجاز وإنما لم يجز بيع المنقول قبله لتوهم انفساخ العقد بهلاك المعقود عليه قبل القبض وهذ ا المعنى لا يوجد في العقار، لأنه لا يرد عليه الهلاك إلا نادراً بغلبة الماء والرمل أو تخريب الفأر، والنادر لا يعتد به اهـ **قوله: (بأن كان على شط النهر ونحوه)** أي بأن كان على طرف المغارة الغالب عليها الرمل اهـ إتقاني وكتب ما نصه، وكذا إذا كان المبيع علواً لا يجوز بيعه قبل القبض لتصور هلاكه اهـ محيط. **قوله: (وما رواه معلول إلخ)** قال الإتقاني: والجواب عن الحديث فنقول: المراد منه بيع المنقول وما يمكن قبضه بالبراجم لأنه هو القبض في الحقيقة يدل عليه ما روي أنه عليه الصلاة والسلام: نهى أن تباع السلع حيث تباع حتى تحوزها التجار إلى رحالها لأن الحوز إلى الرحل لا يكون إلا في المنقول ولأنه عام مخصوص، ألا ترى أنه يجوز الإعتاق قبل القبض والوصية قبل القبض

قال رحمه الله: (**لا بيع المنقول**) أي لا يجوز بيع المنقول قبل القبض لما روينا ولقوله عليه الصلاة والسلام «إذا ابتعت طعاماً فلا تبعه حتى تستوفيه»[١] رواه مسلم وأحمد **ولأن فيه غرر انفساخ العقد** على اعتبار الهلاك قبل القبض لأنه إذا هلك المبيع قبل القبض ينفسخ العقد فيتبين أنه باع ما لا يملك والغرر حرام لما روينا، **وفي المحيط لو باع غير المنقول** قبل القبض إن كان المشتري الأوّل نقد الثمن فالبيع الثاني نافذ لأنه قادر على التسليم إذ ليس للبائع منع المبيع عنه، وإن لم ينقد الثمن

فيختص بالمنقول لأنه هو المراد إجماعاً، وفي غيره خلاف ولأن القياس أن يجوز بيع المنقول قبل القبض أيضاً لدلائل جواز البيع من الكتاب والسنة والإجماع إلا أنه ترك القياس بالحديث فلم يجز بيعه قبل القبض وعلل الحديث بغرر انفساخ العقد بهلاك المبيع لأن العام إذا لم يمكن إجراؤه على العموم حمل على أخص الخصوص ثم قال الإتقاني: فإن قلت: في العقار أيضاً يتوهم انفساخ العقد بأن يرد بالعيب، قلت: لا يستقيم ذلك لأنه حين جاز البيع فيه قبل القبض يصير المبيع ملكاً للمشتري الثاني فبعد ذلك لا يقدر المشتري الأوّل على ردّه بالعيب فزال توهم انفساخ العقد فإن قلت: غرر انفساخ العقد موجود بعد القبض أيضاً بظهور الاستحقاق فكيف لم يلتفت إليه قلت: لأن الحديث معلول بغرر انفساخ العقد فيما قبل القبض، لأن المراد به أخص الخصوص لما قلنا: على أنا نقول يلزم حينئذٍ أن يكون باب البيع مسدوداً وهو مفتوح بدليل جواز البيع اهـ **قوله في المتن**: (**لا بيع المنقول**) قال الإتقاني رحمه الله: ولأن في المنقول غرر انفساخ العقد الأول على اعتبار هلاك المبيع قبل القبض فيتبين حينئذٍ أنه باع ملك الغير بغير إذنه وذلك مفسد للعقد وقد روي في السنن مسنداً إلى الأعرج عن أبي هريرة أن النبي ﷺ «نهى عن بيع الغرر»[٢] والغرور ما طوى عنك علمه، وجملة القول فيه ما قال صاحب الإيضاح: أن كل عوض ملك بعقد ينفسخ العقد فيه بهلاكه قبل القبض لم يجز التصرف فيه كالمبيع والأجرة إذا كانت عيناً وبدل الصلح إذا كان معيناً ومالاً ينفسخ العقد بهلاكه فالتصرف فيه جائز قبل القبض كالمهر وبدل الخلع والعتق على مال وبدل الصلح عن دم العمد، وعلل الكرخي في مختصره بقوله: لأن هلاكه لا ينقض العقد ويكون على الذي بذله قيمته اهـ **قوله**: (**ولأن فيه غرر انفساخ العقد**) أي العقد الأوّل وفسره بعض الشارحين بقوله: أي العقد الثاني وكأنه سهو القلم أو غلط في الأصل اهـ غاية. **قوله**: (**وفسره بعض الشارحين**) أراد به صاحب النهاية اهـ **قوله**: (**وفي المحيط لو باع غير المنقول إلخ**) قال شيخنا صلاح الدين رحمه الله: في حواشي ابن فرشتا بعد أن ساق ما نقله الزيلعي عن المحيط ما

---

(١) أخرجه مسلم في البيوع (١٥٢٩).

(٢) تقدم تخريجه.

فالبيع الثاني موقوف وهو الأصل كبيع المرهون، ولو كاتب العبد المبيع قبل القبض توقفت كتابته وكان للبائع حبسه بالثمن لأن الكتابة محتملة للفسخ فلم تنفذ في حق البائع نظراً له، وإن نقد الثمن نفذت الكتابة لزوال المانع **ولو وهب المبيع قبل القبض** أو تصدّق به أو أقرضه أو رهنه من غير البائع لم يجز عند أبي يوسف لأنه عقد تمليك بمنزلة البيع والإجارة، ويجوز عند محمد، وهو الأصح لأن هذه التصرفات لا تجوز إلا بعد القبض، وغير البائع يصلح نائباً عن المشتري في القبض فيصير قبض المأمور قبضاً له أوّلاً بحكم النيابة، ثم يصير قابضاً لنفسه بالتمليك بخلاف البيع لأنه يفيد الملك قبل القبض، وتمليك المبيع قبل قبضه فاسد وما لا يجوز بيعه قبل القبض لا تجوز إجارته لأنها بيع المنفعة فلا تجوز كبيع العين لتمكن غرر الانفساخ فيها بهلاك العين المستأجرة، ولا يجوز بيع الأجرة العين قبل القبض لأنه بمنزلة المبيع، ألا ترى أن العين لو هلكت انتقضت الإجارة ويجوز تزويج الأمة المبيعة قبل القبض لأن تمكن الغرر فيه لا يمنع جوازه، ألا ترى أنه لو زوّج أمته الآبقة جاز وإن تمكن الغرر فيه فإنها لا يدري أحية هي أم ميتة **ولو وهب المبيع من البائع** قبل قبضه فقبله البائع انتقض البيع، ولو باعه منه لم يصح هذا البيع ولم ينتقض البيع الأوّل والفرق أن الهبة مجاز عن الإقالة يقال: هب لي ذنبي وأقلني عثرتي **بخلاف البيع**.

قال رحمه اللّه: (**ولو اشترى مكيلاً** كيلاً حرم بيعه وأكله حتى يكيله ومثله

نصه الظاهر أن لفظة غير في قوله: لو باع غير المنقول زائدة لأن صاحب المحيط قال: ويجوز بيع العقار قبل القبض إلخ ثم قال: ثم إن كان المشتري الأوّل نقد الثمن فالبيع الثاني نافذ إلخ. وهذا إنما يتأتى في المنقول إذ بيع العقار جائز من غير توقف على نقد الثمن لكن لما ذكره عقيب تفريغ العقار توهم الشارح أن ذلك في غير المنقول، وليس الأمر كذلك واللّه أعلم. **قوله**: (**ولو وهب المبيع قبل القبض إلخ**) قال في شرح الطحاوي: ولو أوصى لرجل قبل القبض ثم مات قبل القبض صحت الوصية بالإجماع لأن الوصية أخت الميراث، ولو مات قبل القبض يكون موروثاً للورثة فكذلك الوصية اهـ إتقاني. **قوله**: (**ولو وهب المبيع من البائع إلخ**) ولو رهنه من البائع لا يصح لأن البائع لا يصلح نائباً عنه في القبض اهـ محيط. **قوله**: (**بخلاف البيع**) أي: فإنه لا يحتمل المجاز عن الإقالة لأنه ضدّها اهـ **قوله في المتن**: (**ولو اشترى مكيلاً إلخ**) قال الإتقاني: وصورة المسألة في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة قال: إذا اشتريت شيئاً مما يكال أو يوزن أو يعدّ فاشتريت ما يكال كيلاً أو ما يوزن وزناً أو ما يعد عدّاً فلا تبعه حتى تكيله أو تزنه أو تعدّه فإن بعته قبل أن تفعل وقد قبضته فالبيع فاسد في الكيل والوزن، وإن اشتريت مذارعة وقبضته ثم بعته قبل أن تذرعه فالبيع جائز هذا لفظ محمد في أصل الجامع الصغير ذكر

الموزون والمعدود) أي لو اشترى المكيل بشرط الكيل أو الموزون بشرط الوزن أو المعدود بشرط العد لم يجز له أن يتصرف فيه قبل الكيل والوزن والعدِّ وإن كان بعد القبض لقول جابر: «أنه ﷺ نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه الصاعان صاع البائع

أوّلاً أنه لا يبيع العددي إذا اشتراه عدداً حتى يعدّه ولم يذكر أنه لو باعه قبل العدّ ما حكمه، وقال أبو الليث: في شرح الجامع الصغير ذكر أبو يوسف في الأمالي فقال: في قول أبي حنيفة لا يجوز وفي قول أبي يوسف يجوز وأبو حنيفة جعل ذكر العدد بمنزلة الكيل والوزن، وأبو يوسف جعله بمنزلة الذرع وهكذا ذكر الخلاف بين أبي حنيفة وأبي يوسف في مختصر الكرخي ثم ذكر الفقيه في شرح الجامع الصغير قول محمد مع أبي يوسف وهكذا ذكر عامة مشايخنا في شروح الجامع الصغير وإليه ذهب صاحب الهداية ولكن ذكر الإمام الإسبيجابي في شرح الطحاوي قول محمد مع أبي حنيفة، ثم اعلم أن الأموال ثلاثة أقسام: مقدّرات كالكيلي والوزني وعدديات ومذروعات، ففي القسم الأوّل إن كان اشتراه مجازفة وقبضه جاز تصرفه قبل الكيل والوزن لأن الكل مبيع فيكون بائعاً ملك نفسه فجاز وهذا معنى قوله بخلاف ما إذا باعه مجازفة، وإن اشتراه بشرط الكيل والوزن بأن قال: اشتريت على أنها عشرة أقفزة أو على أنه كذا منا لم يجز تصرفه حتى يعيد الكيل والوزن، وذلك لما روي عن رسول الله ﷺ أنه «نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان صاع البائع وصاع المشتري»[1] فلما ثبت بهذا الحديث حكم الكيل ثبت حكم الوزن أيضاً لأنهما يجريان مجرى واحداً لأنهما شطر علة الربا، والفقه فيه أن النهي عن البيع يدل على فساده إذا كان لمعنى في المبيع وهو جهالته بيان ذلك أن البيع تناول ما يحويه الكيل والوزن وهو مجهول لاحتمال الزيادة والنقصان فإن زاد ردّ الزيادة، وإن نقص رجع بحصته من الثمن فأذن يكون فيه احتمال خلط المبيع بغير البيع والتحرز عن مثله واجب، فلم يجز التصرف فيه بعد القبض قبل الكيل والوزن، وإن كال البائع قبل البيع بحضرة المشتري أو غيبته لا يعتبر ذلك لأنه ليس صاع البائع ولا صاع المشتري، والشرط أن يوجد الصاعان منهما بالحديث وإن كاله أو وزنه بعد العقد بحضرة المشتري مرة فيه اختلاف المشايخ قال عامتهم: كفاه ذلك حتى يحلَّ للمشتري التصرف فيه قبل الكيل والوزن ثانياً، وعند البعض لا بد من الكيل والوزن مرتين احتجاجاً بالحديث والصحيح قول العامة: لأن الغرض من الكيل أو الوزن إعلام المبيع وإفرازه وذلك يحصل بالواحد فلا حاجة إلى الإعادة قالوا: الحديث ورد فيما إذا وجد عقدان بشرط الكيل بأن يشتري المسلم إليه من رجلٍ كرّاً مثل كرّ السلم وأمر رب السلم بقبضه اقتضاءً عن السلم فإن ثمة يشترط صاعان صاع للمسلم وصاع لرب السلم بعد ذلك فيكيله للمسلم إليه أوّلاً ثم يكيله لنفسه لأن هاهنا وجد عقدان بشرط الكيل فيشترط لكل عقد كيل على حدة قلنا: إذا كاله البائع بعد العقد بغيبة

---

(١) أخرجه ابن ماجة في التجارات (٢٢٢٨).

وصاع المشتري»(١) رواه ابن ماجه والدارقطني. وعن عثمان أنه قال: كنت أبتاع التمر من بطن من اليهود يقال لهم بنو قينقاع وأبيعه بربح فبلغ ذلك رسول الله ﷺ فقال: «يا عثمان إذا ابتعت فاكتل وإذا بعت فكل»(٢) رواه أحمد، ولأن الكيل والوزن والعدّ من تمام القبض فأصل القبض شرط لجواز التصرف فيه على ما بينا فكذا تمامه ولأنه يحتمل أن يزيد على المشروط وذلك للبائع في المقدرات والتصرف في مال الغير حرام فيجب التحرز عنه بخلاف ما إذا باعه مجازفة لأن الزيادة له إذا وجده أكثر من كيل البائع بأن كان كاله قبل البيع، وبخلاف ما إذا باع الثوب مذارعة ولم يسم لكل ذراع ثمناً لأن الزيادة له إذ الذرع وصف فيه بخلاف ما إذا بين لكل ذراع ثمناً لأنه بذلك التحق بالقدر في حق ازدياد الثمن على ما بينا فصار المبيع في هذه الحالة هو الثوب المقدر، وذلك يظهر بالذرع، وهذا لأن القدر معقود عليه في المقدرات حتى يجب عليه رد الزيادة فيما لا يضره التبعيض وتلزمه الزيادة من الثمن فيما يضره وينقص من ثمنه عند انتقاصه، هذا إذا كان الموزون غير الدراهم والدنانير وأما الدراهم والدنانير فيجوز التصرف فيهما بعد القبض قبل الوزن لأن الوزن فيهما أخذ معنى تعيين المستحق بالعقد وفي غيرهما لم يأخذه، كذا في الإيضاح **وفي المحيط لو كان المكيل والموزون ثمناً** يجوز التصرف فيه قبل الكيل والوزن لأن الكيل والوزن من تمام القبض ويجوز التصرف في الثمن قبل القبض فلأن يجوز قبل تمامه أولى فصار كالمهر المكيل فإذا كان كيل المبيع شرطاً لجواز التصرف لا يعتبر كيل البائع قبل البيع وإن كان بحضرة المشتري لأنه ليس بكيل البائع والمشتري وهو الشرط ولا كيله بعد البيع مع غيبة المشتري لأن الكيل من تمام التسليم، لأن المبيع به يصير

المشتري فلا يعتبر ذلك على قول ذلك البعض بلا شك. وأما على قول عامة المشايخ: فالصحيح أنه لا يكتفي بذلك حتى يوجد كيل آخر بحضرة المشتري لأن الكيل من جملة التسليم لأن به يمتاز المعقود عليه من غيره والتسليم من الغائب لا يتحقق فإذا لم يفعل حتى باعه بعدما قبضه فسد لجهالة المبيع لأنه يحتمل أن يزيد فيختلط المبيع بغيره واستدلوا بما ذكر في الجامع في بيع قفيز من صبرة إذا كال البائع منه قفيزاً بغير حضرة المشتري فهلك أن البيع قائم يتعين فيما بقي ولا يقع به الإفراز، ومسألتنا وتلك المسألة على السواء قال قاضيخان: وإن اشترى مكايلة وباع مجازفة قبل الكيل في ظاهر الرواية لا يجوز، وذكر ابن رستم في نوادره أنه يجوز اهـ **قوله: (وفي المحيط لو كان المكيل والموزون ثمناً)** أي بأن باع شيئاً بمكيل أو موزون في الذمة، وأما إذا كانا مشاراً إليهما فلا يجوز

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) أخرجه أحمد في مسنده (٤٤٦).

معلوماً ولا تسليم إلا بحضرته، ولو كاله البائع بحضرة المشتري بعد البيع قيل: لا يكتفى به لظاهر الحديث فإنه اشترط فيه صاعين والصحيح أنه يكتفى به لأن المبيع صار معلوماً بكيل واحد وتحقق معنى التسليم **والحديث محمول** على ما إذا اجتمعت الصفقتان على ما نبينه في باب السلم إن شاء اللّه تعالى، وجعل في المختصر المعدود كالمكيل والموزون وهو مروي عن أبي حنيفة واختاره الكرخي وعنه أنه كالمذروع وهو قول أبي يوسف ومحمد: لأنه ليس بمقدّر، ألا ترى أنه يجوز بيعه بجنسه متفاضلاً كالمذروع وجه الأوّل أن المعدود المتقارب يساوي المكيل والموزون فيما تعلق به الفساد وهو جهالة المبيع لاحتمال الزيادة، فإن من اشترى جوزاً على أنه ألف فوجده أكثر يرد الزائد وإن وجده أنقص سقط عنه الثمن بحصته بخلاف الربا لأنه مبني على المماثلة بدليل يوجبها، وهذا أظهر ولو اشترى المكيل أو الموزون شراءً فاسداً فقبضه ثم باعه بغير كيل أو وزن فالبيع الثاني جائز لأن الملك في البيع الفاسد يثبت بالقبض فصار المملوك قدر المقبوض لا قدر المذكور فيه فصار نظير من استقرض طعاماً بكيل ثم باعه مكايلة لا يحتاج إلى إعادة الكيل، كذا في الإيضاح وهذا الاستشهاد يستقيم على قول من شرط الكيل مرتين في المبيع.

قال رحمه اللّه: (**لا المذروع**) أي لا يحرم التصرف في المبيع المذروع بعد القبض قبل الذرع وإن اشتراه بشرط الذرع لأن الذرع وصف له وليس بقدر فيكون كله للمشتري بلا زيادة ثمن ولانقصان إن وجده زائداً أو ناقصاً هذا إذا لم يسم لكل ذراع ثمناً، وإن سمى فلا يحل له التصرف فيه حتى يذرع وقدبيناه من قبل.

قال رحمه اللّه: (**وصح التصرف في الثمن** قبل قبضه) لأن المطلق للتصرف

التصرف فيهما قبل القبض اهـ **قوله**: (**والحديث محمول إلخ**) قال في المستصفى: ومحمل الحديث اجتماع الصفقتين بشرط الكيل وصورته رجل أسلم في كر فلما حل الأجل اشترى المسلم إليه من رجل كراً وأمر رب السلم أن يقبضه قضاء لم يكن قضاء، وإن أمره أن يقبضه له ثم يقبضه لنفسه فاكتاله ثم اكتال لنفسه جاز، كذا في الجامع الصغير والمبسوط اهـ (فرع) استقرض ثم قضاه فقبض المقرض من غير كيل حل له التصرف بلا كيل بخلاف البيع اهـ منية. **قوله في المتن**: (**لا المذروع**) قال الإتقاني رحمه اللّه: وأما المذروعات كالثوب والعقار ونحو ذلك فإن اشترى مجازفة أو بشرط الذرع بأن اشترى على أنه عشرة أذرع مثلاً فقبضه يجوز له التصرف فيه قبل الذرع لأن احتمال خلط المبيع بغيره ليس بثابت لأن الذرع صفة يملك بملك الأصل لا يقابله شيء من الثمن اهـ **قوله في المتن**: (**وصح التصرف في الثمن إلخ**) اعلم أن التصرف في الأثمان وسائر الديون من المهر والأجرة وضمان المتلفات ونحوها سوى الصرف والسلم جائز قبل القبض، لأن الملك مطلق وكان

الملك، وقد ثبت له فيه الملك والنهي ورد في المبيع لاحتمال غرر الانفساخ ولا يتصوّر ذلك في الثمن لأنه في الذمة ولا يتعين بالتعيين ولأن الثمن ما وجب في الذمة والقبض لا يرد عليه حقيقة، وإنما يقبض غيره مثله عيناً فيكون مضموماً عليه فيلتقيان قصاصاً وهذا تصرف فيه ولا يتصوّر خلاف ذلك، ولا فرق في ذلك بين أن يكون المقبوض من جنسه أو من خلاف جنسه](١) إذ الكل معاوضة، وقد روي عن ابن عمر أنه قال: كنا نبيع الإبل بالبقيع فنأخذ مكان الدراهم الدنانير ومكان الدنانير الدراهم فكان يجوّزه رسول الله ﷺ(٢) بخلاف السلم حيث لا يجوز أن يأخذ خلاف جنسه لأنه وإن كان ديناً جعله الشرع كالمبيع المعين في حق التصرف وكذابدل الصرف لما عرف في موضعه والمراد بالتصرف في الثمن تمليكه ممن عليه الدين بعوض أو بغير عوض حتى لا يجوز أن يمكله من غير من عليه الدين.

قال رحمه الله: ﴿**والزيادة فيه والحط منه والزيادة في المبيع** ويتعلق الاستحقاق بكله﴾ أي: يجوز للمشتري أن يزيد في الثمن ويجوز للبائع أن يحط من الثمن وأن يزيد في المبيع ويلتحق بأصل العقد ويتعلق الاستحقاق بجميع ذلك حتى لا يكون للمشتري أن يطالب بالمبيع حتى يدفع الزيادة وللبائع أن يحبسه حتى يستوفي الزيادة ويملك المشتري المطالبة بتسليم المبيع كله **بتسليم ما بقي من** الحط، وقال زفر والشافعي: لا يصحان على اعتبار الالتحاق بل على اعتبار ابتداء الصلة لأنه لا يمكن تصحيح الزيادة ثمناً إذ به يصير ملكه عوض ملكه لأنه ملك المبيع، وكذا

القياس أيضاً ذلك في المبيع المنقول إلا أنه ترك ذلك للحديث وهو معلول بغرر انفساخ العقد، ولم يوجد هذا المعنى في الأثمان والديون قاله الإتقاني: ثم قال: وأما الميراث فالتصرف فيه جائز قبل القبض لأن الوارث يخلف الموروث في الملك، وكذا الموصى له لأن الوصية أخت الميراث اهـ **قوله في المتن: ﴿والزيادة فيه والحط منه والزيادة في المبيع﴾** ذكر المصنف رحمه الله الزيادة في الثمن والحط منه والزيادة في المبيع وسكت عن الحط منه ولم أر من تعرض له من الشارحين لكن قال في المحيط: اشترى قفيز حنطة بعينه فحط عن البائع ربعه قبل القبض لم يجز لأنه عين وإسقاط العين لايصح ولو اشترى قفيزاً من صبرة ثم حط عنه ربعه قبل القبض جاز لأنه دين وإسقاط الدين يصح اهـ وكتب ما نصه ويشترط القبول في مجلس الزيادة ولو لم يقبل حتى افترقا بطلت، وكذا الزيادة في المهر اهـ

---

(١) ما بين معكوفتين من [ما أمكن وذلك فيما يتصور ... إلى جنسه أو من خلاف جنسه] زيادة من المطبوع.

(٢) أخرجه الترمذي في البيوع (١٢٤٢)، والنسائي في البيوع (٤٥٨٢)، وأبو داود في البيوع (٣٣٥٤)، وابن ماجة في التجارات (٢٢٦٢)، وأحمد في مسنده (٥٥٣٠).

الحط لأن جميع الثمن صار مقابلاً بجميع المبيع فلا يمكن إخراجه فصار براً مبتدأً، ألا ترى أن الزيادة في المهر لا تلتحق بأصل العقد حتى لا يتنصف بالطلاق قبل الدخول ولهذا حط الكل لا يلتحق بأصل العقد بل هو بر مبتدأ فكذا البعض اعتباراً للجزء بالكل، ولنا أنهما بالحط والزيادة يغيران العقد من وصف مشروع إلى وصف مشروع وهو كونه خاسراً أو رابحاً، أو عدلاً ولهما ولاية ذلك، ألا ترى أن لهما أن يجعلاه لازماً بإسقاط الخيار أو غير لازم باشتراطه بعد أن وقع العقد على خلافه، وهذا لأن لهما ولاية الرفع بالكلية بالتقايل فأولى أن يكون لهما ولاية التغيير لأنه دونه لكونه وصفاً له، فإذا صح التحق بأصل العقد ولزم كلزومه لأن وصف الشيء يقوم به لا بنفسه دل عليه قوله تعالى: ﴿ولا جناح عليكم فيما تراضيتم به من بعد الفريضة﴾ [النساء: ٢٤] أي: في فريضة بعد الفريضة وهذا نص على أن حكم الزيادة المفروضة بعد العقد كحكم المفروض في العقد إلا ما قام الدليل عليه، وقد قام الدليل على أنه لا يتنصف بالطلاق قبل الدخول إلا ما كان مسمى عند العقد، ولهذا لو لم يسم في العقد شيئاً ثم اتفقا على تسمية لا يتنصف به وإن كان واجباً، وعلى اعتبار الالتحاق لا تكون الزيادة عوضاً عن ملكه ولا المحطوط ثمناً غير خارج عن العقد بخلاف حط الكل لأنه تبديل لأصله لأنه ينقلب هبة أو بيعاً بلا ثمن فيفسد، وقد كان من قصدهما التجارة بعقد مشروع من كل وجه فالالتحاق فيه يؤدي إلى تبديله فلا يلتحق به ثم فائدة الالتحاق تظهر في التولية والمرابحة حتى يجوز على الكل في الزيادة، ويباشر على الباقي في الحط ويظهر أيضاً في الشفعة حتى يأخذ بما بقي بعد الحط وإنما لا يلزمه الزيادة لأن فيه إبطال حقه الثابت بالبيع الأول وهما لا يملكانه، ألا ترى أنه ينتقض جميع تصرفات المشتري حتى الفسخ **ويظهر أيضاً فيما إذا استحق المبيع حتى يرجع المشتري** على البائع بالزيادة ولو أجاز المستحق البيع كان له أن يطالب بالزيادة ويظهر أيضاً في حق الفساد في الصرف حتى لو باع الدراهم بالدراهم متساوية ثم زاد أحدهما أو حط ورد المحطوط، وقبل الآخر وقبض المزيد في الزيادة أو المردود في الحط فسد العقد كأنهما عقداه كذلك من الابتداء، هذا عند أبي حنيفة، وقال أبو يوسف: لا تجوز الزيادة/ ولا تصير هبة مبتدأة، وكذلك الحط لا [١٥٤/أ ٢] يصح ولا يصير هبة مبتدأة حتى يجب عليه أن يرد المحطوط، وقال محمد: في الزيادة مثل قول أبي يوسف: وفي الحط يكون هبة مبتدأة ويظهر أيضاً فيما إذا زاد

طرسوسي. **قوله:** (**بتسليم ما بقي منه**) أي الثمن بعد اهـ إتقاني. **قوله:** (**وتظهر أيضاً فيما إذا استحق المبيع حتى يرجع المشتري**) أي: وكذا إذا استحق يرجع على البائع بما بقي بعد

على المبيع حتى يصير له حصة من الثمن للحال حتى لو هلكت الزيادة قبل القبض تسقط حصتها من الثمن بخلاف الزيادة المتولدة من المبيع حيث لايسقط شيء من الثمن بهلاكها قبل القبض، والفرق أن الزيادة المشروطة صارت تبعاً للأصل في حق الثبوت ضرورة الصحة، فإذا صحت زالت الضرورة فزالت التبعية وبقيت الأصالة في حق الالتحاق بأصل العقد كأنها كانت موجودة وقت العقد فأمكن تقدير ورود العقد عليها فصار كأن العقد ورد على الأصل وعلى الزيادة جميعاً، وأما الزيادة المتولدة فمعدومة وقت العقد فلا يمكن إلحاقها بأصل العقد فصارت مملوكة بملك الأصل لا بالعقد، فإذا قبضها صارت أصلاً بالقبض لأن للقبض شبهاً بالعقد فيصير لها حصة من الثمن حتى لو وجد بأحدهما عيباً رده بحصته من الثمن يقسم الثمن على قيمة الأصل يوم العقد وعلى قيمة الزيادة يوم القبض، ويظهر أيضاً فيما إذا زوّج أمته ثم أعتقها ثم زاد الزوج على مهرها بعد العتق تكون الزيادة للمولى، **ثم الزيادة لا تصح** بعد هلاك المبيع على ظاهر الرواية لأن المبيع لم يبق على حال يصح الاعتياض عنه، والشيء **يثبت ثم يستند** بخلاف الحط لأنه إسقاط محض فلا يشترط لصحته قيام العقد وقال في المحيط: وفي رواية النوادر [تجوز][1] الزيادة بعد الهلاك بمنزلة الحط لأن الزيادة حال ثبوتها لم يقابلها عوض، وإنما يقابلها بعد التحاقها بأصل العقد فيعتبر قيام المبيع حالة الالتحاق لا حالة الثبوت، وذكر محمد في المنتقى لو اشترى جارية وقبضها فماتت فزاده البائع جارية أخرى جاز لأن هذه الزيادة تثبت مقابلة بالثمن والثمن قائم ولو زاد المشتري في الثمن لم يجز لأن الزيادة في جانبه تثبت مقابلة بالمبيع والمبيع هالك، وهلاك المبيع يمنع الزيادة في الثمن والهلاك الحكمي ملحق بالهلاك الحقيقي وذلك بأن باع المبيع ثم اشتراه ثم زاد في الثمن لا يجوز لأنه بتبدل سبب الملك ارتفع العقد الأول وصار المعقود عليه هالكاً حكماً، ولو أعتق المبيع أو كاتبه أو دبره أو استولد الأمة أو تخمر العصير أو أخرجه عن ملكه ثم زاد عليه جاز عند أبي حنيفة خلافاً لهما، **وعلى هذا الخلاف في الزيادة على مهر المرأة بعد موتها** وإنما يلحق الحط بأصل العقد إذا لم يكن المحطوط تبعاً ووصفاً، أما إذا كان تبعاً فلا يلحق بأصل العقد حتى لو اشترى داراً بألف جياد فنقد

الحط اهـ مستصفى. **قوله**: (**ثم الزيادة لا تصح إلخ**) والنصرانيان إذا تبايعا خمراً ثم أسلما لم تجز الزيادة في الثمن لأنه كالهالك في حق المسلم اهـ إتقاني. **قوله**: (**يثبت ثم يستند**) أي: ولم تثبت الزيادة لعدم ما يقابلها اهـ **قوله**: (**وعلى هذا الخلاف في الزيادة على مهر المرأة بعد موتها**) أي: وكذا بعد الطلاق البائن وبعد انقضاء عدّتها في الطلاق الرجعي اهـ أنفع

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من المطبوع.

زيوفاً أو نبهرجةً ورضي البائع بذلك فإن الشفيع لا يأخذه إلا بالجياد وكذا لو اشترى داراً بعبد فاعوَرَّ ورضي به البائع فإن الشفيع يأخذ الدار بقيمة العبد صحيحاً، ولا تجوز الزيادة في المسلم فيه لأنه معلوم حقيقة وإنما جعل موجوداً في الذمة لحاجة المسلم إليه والزيادة في المسلم فيه لا تدفع حاجته بل تزيد في حاجته فلا يجوز، وكذا لا تجوز الزيادة في المنكوحة لأن الشرع ما ورد بتملك الزيادة المتولدة من المملوكة بالنكاح تبعاً للمنكوحة.

قال رحمه اللّه: **(وتأجيل كل دين غير القرض)** أي يجوز تأجيل كل دين غير دين القرض لأن المطالبة حقه فله أن يؤخره، ألا ترى أنه يملك إسقاطها بالإبراء فأولى أن يملك إسقاطها مؤقتاً بالتأجيل، ولو أجله إلى أجل مجهول ينظر **فإن كانت الجهالة**/ [١٥٤ ب/٢] **فاحشة كهبوب الريح** لا يصح، وإن كانت يسيرة كالتأجيل إلى الحصاد **جاز كما في الكفالة** وقد ذكرناه من قبل، وفي دين القرض لا يجوز التأجيل خلافاً لمالك هو يقول: إنه حقه فيجوز تأخير المطالبة فيه كما في سائر الديون، ولنا أن القرض إعارة وصلة ابتداء، ولهذا يصح بلفظ الإعارة ولا يملكه من لا يملك التبرع كالصبي والولي والمكاتب والعبد المأذون له في التجارة، ومعاوضة انتهاء حتى يلزمه رد مثله فعلى اعتبار الابتداء لا يلزم التأجيل فيه كالإعارة **فإن المعير إذا وقت له أن يرجع فيه** قبل

الوسائل[1]. **قوله في المتن: (وتأجيل كل دين غير القرض)** قال في المستصفى: فإن تأجيله لا يصح حتى يثبت له ولاية المطالبة في الحال إذا أجله عند الإقراض مدّة معلومة أو بعده اهـ وكتب ما نصه قال الطحاوي في مختصره في باب المضاربة: ومن كان عليه دين من غير قرض فأخره إلى أجل لزمه التأخير فصار كأنه كان في أصله مؤجلاً، وإن كان من قرض لم يجز ذلك حالاً اهـ وكتب أيضاً ما نصه، قال في شرح الأقطع: قال زفر: لا يلتحق الأجل بالعقد وبه قال الشافعي: لأنه دين حال فلا يتأجل كالقرض اهـ إتقاني. **قوله: (فإن كانت الجهالة فاحشة كهبوب الريح)** أي: ومجيء الحاج وقدوم رجل من سفره اهـ إتقاني. **قوله: (جاز كما في الكفالة)** أي: بخلاف البيع إلى الحصاد والدياس والجذاذ فإنه يفسد البيع لإفضائه إلى المنازعة وقد بيَّنا ذلك في آخر البيع الفاسد، وهو المراد بقوله وقد ذكرنا من قبل اهـ إتقاني. **قوله: (فإن المعير إذا وقت)** أي إلى سنة اهـ مستصفى. **قوله: (له أن يرجع فيه)** أي من ساعته اهـ مستصفى. وكتب ما نصه والحيلة في صحة تأجيل القرض أن يحيل المستقرض المقرض على آخر بدينه ويؤجل المقرض ذلك الرجل مدّة معلومة فإنه يصح اهـ فصول العمادية. وذكر هذا الشارح رحمه اللّه تعالى في باب الكفالة من هذا الشرح أنه إذا تكفل بالمال

---

(١) اسمه أنفع الوسائل إلى تحرير المسائل في الفروع للقاضي برهان الدين إبراهيم بن علي الطرسوسي الحنفي المتوفى سنة (٧٥٨هـ)، كشف الظنون (١/ ١٨٣).

الوقت **وعلى اعتبار الانتهاء لا يجوز** التأجيل لأن الجنس بانفراده يحرم النساء لا سيما إذا كملت العلة وحرم التفاضل بها، ولأن الأجل لو لزم فيها لصار التبرع ملزماً على المتبرع وهو لا يجوز لقوله تعالى: ﴿ما على المحسنين من سبيل﴾ [التوبة: ٩١] بخلاف ما إذا أوصى بأن يقرض فلان من ماله ألف درهم إلى سنة حيث يجوز من الثلث ويلزم ولا يطالب حتى تمضي المدة لأنه وصية بالتبرع، والوصية يتسامح فيها ما لا يتسامح في غيرها نظراً للموصى، ألا ترى أنها تجوز بالخدمة والسكنى وتلزم

بـاب الربـا

قال رحمه الله: (هو فضل مال بلا عوض في معاوضة مال بمال) هذا في الشرع وفي اللغة هو مطلق الزيادة قال الله تعالى: ﴿وما آتيتم من ربا﴾ إلى قوله: ﴿فلا يربو

الحال مؤجلاً إلى شهر يتأجل على الأصل أيضاً اهـ ومثله في الكافي ولكن الشارح لم يذكره حيلة في تأجيل القرض، وكذا في الكافي اهـ **قوله: (وعلى اعتبار الانتهاء لا يجوز إلخ)** قال في المستصفى: وعلى اعتبار الانتهاء لا يصح لأنه يصير بيع الدراهم بالدراهم نسيئة والتأجيل إنما يكون في حالة البقاء فلهذا لا يصح أو يقال: إن بدل القرض في الحكم كأنه عين المقبوض إذ لو لم يجعل كذلك كان مبادلة الشيء بجنسه نسيئةً، وأنه حرام وإذا كان كذلك يكون عارية ابتداء وانتهاء والتوقيت في العواري غير لازم فكذا الأجل في القرض، ولو صححنا على معنى أنه يصير لازماً لأخرجناه من أن يكون عارية ومن أن يكون بدل القرض في حكم عينه فيكون مبادلة الشيء بجنسه نسيئة، وإنه حرام وهذا الوجه أوجه اهـ

باب الربا

الربا: اسم من ربا الشيء يربو إذا زاد والمصدر رباً اهـ عيني. ذكر الربا وهو منهيٌّ عنه بقوله تعالى: ﴿لا تأكلوا الربا﴾ [آل عمران: ١٣٠] بعد ما ذكر أبواب البيع وهو مأمور به بقوله تعالى: ﴿وابتغوا من فضل الله﴾ [الجمعة: ١٠] لأن النهي يقفو الأمر لأن الأمر طلب الإيجاد، والنهي طلب الإعدام وإعدام الشيء يقتضي سابقة وجوده لا محالة اهـ إتقاني. وكتب ما نصه: اعلم أن الربا نوعان ربا الفضل وربا النساء فالأوّل فضل مال على المقدر الشرعي وهو الكيل والوزن عند اتحاد الجنس، والثاني فضل الحلول على الأجل وفضل العين على الدين في المكيلين والموزونين عند اختلاف الجنس أو في الجنس غير المكيلين والموزونين اهـ إتقاني. وكتب أيضاً على قوله: باب الربا ما نصه هو من البيوع المنهية قطعاً بقوله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا الربا﴾ [آل عمران: ١٣٠] بسبب زيادة فيه فمناسبته بالمرابحة أن في كل منهما زيادة إلا أن تلك حلال وهذه منهية

عند الله﴾ [الروم: ٣٩] **وسمي المكان المرتفع ربوة** لزيادته على سائر الأماكن ارتفاعاً والربا محرم بالكتاب والسنة وإجماع الأمة، أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿وأحل الله البيع وحرم الربا﴾ [البقرة: ٢٧٥] وأما السنة فما روي عن ابن مسعود أن النبي ﷺ «لعن آكل الربا وموكله وشاهديه وكاتبه»[١] رواه أبو داود وأحمد والترمذي وصححه. وقال عليه الصلاة والسلام: «الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر **والشعير بالشعير والتمر بالتمر** والملح بالملح مثلاً بمثل يداً بيد فمن زاد أو استزاد فقد أربى الآخذ والمعطي فيه سواء»[٢] رواه البخاري وأحمد وعن عبد الله بن حنظلة غسيل الملائكة أنه قال: قال رسول الله ﷺ: «درهم ربا يأكله الرجل وهو يعلم أشد من ست وثلاثين زنية»[٣] رواه أحمد. وأجمعت الأمة على تحريمه حتى يكفر جاحده.

قال رحمه الله: (**وعلته** القدر والجنس) يعني بالقدر الكيل في المكيل والوزن

والحل هو الأصل في الأشياء فقدم ما يتعلق بتلك الزيادة على ما يتعلق بهذه الزيادة والربا بكسر الراء وفتحها خطأ اهـ فتح. **قوله: (وسُمي المكان المرتفع ربوة)** قال في المصباح: والربوة: المكان المرتفع بضم الراء في الأكثر والفتح لغة بني تميم والكسر لغة اهـ **قوله: (والشعير بالشعير والتمر بالتمر)** وتخصيص هذه الأشياء الستة بالذكر لأن عامة المعاملات الكائنة يومئذٍ بين المسلمين كان فيها اهـ كمال. **قوله في المتن: (وعلته)** قال في الهداية: فالعلة الكيل مع الجنس أو الوزن مع الجنس قال رضي الله عنه: ويقال: القدر مع الجنس وهو أشمل اهـ قال الكمال: وقد يقال: بدل الكيل والوزن القدر وهو أشمل وأخصر لكنه يشمل ما ليس بصحيح إذ يشمل الذرع والعدّ وليسا من أحوال الربا اهـ وكتب ما نصه: ثم اعلم أن الخبر المروي عن أبي سعيد وعبادة معلول أم لا، قال القائسون بأجمعهم: أنه معلول لكنهم اختلفوا في العلة فقال أصحابنا: العلة القدر مع الجنس وعدّوا هذا الحكم إلى كل مكيل أو موزون قوبل بجنسه حتى أثبتوا هذا الحكم في الجص والنورة ونحوهما لوجود الكيل، وأثبتوه في الحديد والنحاس والرصاص ونحو ذلك لوجود الوزن اهـ إتقاني رحمه الله. وكتب أيضاً ما نصه وقال داود بن علي ومن تابعه من أصحاب الظواهر أن الخبر غير معلول ولايجري الربا إلا في هذه الأشياء الستة المذكورة في الخبر اهـ إتقاني. قال الكمال: قوله: والحكم يعني حرمة الربا أو وجوب التسوية معلول بإجماع القائسين

---

(١) أخرجه الترمذي في البيوع (١٢٠٦) وأبو داود في البيوع (٣٣٣٣)، وابن ماجة في التجارات (٢٢٧٧)، وأحمد في مسنده (٣٧٢٩).

(٢) أخرجه مسلم في المساقاة (١٥٨٤)، والنسائي في البيوع (٤٥٦٥)، وأحمد في مسنده (١١٥١٨).

(٣) أخرجه أحمد في مسنده (٢١٤٥٠).

في الموزون، **وعند الشافعي العلة الطعم بانفراده** في المطعومات والثمنية بانفرادها في الأثمان، **والجنس شرط عنده** لحديث معمر بن عبد الله قال: كنت أسمع النبي ﷺ يقول: «الطعام بالطعام مثلاً بمثل وكان طعامنا يومئذ الشعير»(١) رواه مسلم وأحمد. وجه الاستدلال به: أن الطعام مشتق من الطعم فذكره يدل على أنه علة إذ ترتب الحكم على الاسم المشتق دليل على أن مأخذ الاشتقاق علة له كما في قوله تعالى: ﴿والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما﴾ [المائدة: ٣٨]، وكما في قوله تعالى: ﴿الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة﴾ [النور: ٢٠] فعلة القطع والجلد السرقة والزنا، ولأن قوله عليه الصلاة والسلام: فيما رواه البخاري ومسلم «لا تبيعوا الذهب بالذهب إلا مثلاً بمثل»(٢) الحديث يدل على تضييق تحصيله لأن الابتداء بالنهي مشعر بأن حرمة البيع أصل فيه والجواز معارض وهو التقابض والمساواة مخلص إذا لو اقتصر على قوله: لا تبيعوا لما جاز بيعه وتعليق جوازه بشرطين يدل على عزته وخطره كملك البضع ضيق تحصيله باشتراط الشهود والمهر لعزته/ [١٥٥/أ/٢] وخطره فيعلل بعلة تناسب العزة وهي الطعم في المطعومات لبقاء الأنفس به والثمنية في الأثمان لبقاء الأموال التي هي مناط مصالحها بها، ولا أثر للجنسية

بوجوب القياس عند شرطه بخلاف الظاهرية، وكذا عثمان البتي فإن عندهم حكم الربا مقتصر على الأشياء الستة المنصوصة المتقدم ذكرها، أما الظاهرية فلأنهم ينفون القياس، وأما عثمان البتي فلأنه يشترط في القياس أن يقوم دليل في كل أصل أنه معلول ولم يظهر هنا ولأنه يبطل العدد ولا يجوز كما في قوله خمس من الفواسق اهـ **قوله: (وعند الشافعي العلة الطعم بانفراده إلخ)** قال الإتقاني رحمه الله: ثم فائدة الخلاف في الفضل على ما قال في التحفة تظهر في موضعين أحدهما: في بيع مطعوم بجنس غير مقدر كبيع الحفنة بالحفنتين، والسفرجلة بالسفرجلتين ونحوهما يجوز عندنا لعدم القدر، ولا يجوز عنده لوجود العلة وهي الطعم والثاني في بيع مقدر غير مطعوم كبيع قفيز جص بقفيزي جص أو من حديد بمنوي حديد لا يجوز عندنا في الجص لوجود علة ربا الفضل وهي الكيل والجنس وعنده يجوز لعدم العلة وهي الطعم، وفي الحديد لا يجوز عندنا لوجود الجنس والوزن، وعنده يجوز لعدم الثمنية والطعم وأجمعوا أنه إذا باع قفيز أرز بقفيزي أرز لا يجوز لوجود الكيل والجنس عندنا ولوجود الطعم والجنس عنده، وكذا أجمعوا أنه إذا باع من زعفران بمنوي زعفران أو من سكر بمنوي سكر لا يجوز لوجود الوزن والجنس عندنا ولوجود الجنس والطعم عنده اهـ **قوله: (والجنس شرط عنده)** أي لعمل العلة عملها لأن

---

(١) أخرجه مسلم في المساقاة (١٥٩٢)، وأحمد في مسنده (٢٦٧٠٦).

(٢) تقدم تخريجه.

والقدر في زيادة العزة والخطر لوجودهما في خطير وحقير لكن الحكم لا يثبت إلا عند اتحاد الجنس فجعلناه شرطاً والحكم يدور مع الشرط كالرجم مع الإحصان والفرق بين الشرط والعلة أن العلة مؤثرة في الحكم دون الشرط فإنه يضاف وجوده إلى العلة عند وجود الشرط لا إلى الشرط، وقال مالك: العلة الاقتيات والادخار لأنه عليه الصلاة والسلام خص بالذكر فيما روينا كل مقتات ومدخر، ولأن العزة والخطر به أكمل فكان أنسب وأولى بالاعتبار، ولنا ما روي عن عبادة وأنس أن النبي ﷺ قال: «ما وزن مثل بمثل إذا كان نوعاً واحداً وما كيل فمثل ذلك فإذا اختلف النوعان فلا بأس به»[١] رواه الدارقطني. وجه التمسك به أنه عليه السلام رتب الحكم على الجنس والقدر وهذا نص على أنهما علة الحكم لما عرف أن ترتب الحكم على الاسم المشتق ينبئ عن علية مأخذ الاشتقاق لذلك الحكم فيكون تقديره المكيل والموزون مثلاً بمثل بسبب الكيل أو الوزن مع الجنس، والذي يدل عليه حديث أبي **سعيد** وأبي هريرة فيما رواه البخاري أن رسول الله ﷺ: «**استعمل رجلاً** على خيبر فجاءهم بتمر جنيب فقال: أكل تمر خيبر هكذا فقال: إنا نأخذ الصاع من هذا بالصاعين والصاعين بالثلاثة **فقال: لا تفعل بع الجمع** بالدراهم ثم ابتع بالدراهم جنيباً»[٢] وقال في الميزان: مثل ذلك أي في الموزون إذ نفس الميزان ليس من أموال الربا وهو أقوى حجة في علية القدر وهو بعمومه يتناول الموزون كله الثمن والمعطوم وغيرهما فيكون حجة عليهما في منعهما ذلك، وكذا في حديث ابن عمر رضي الله عنهما أنه عليه الصلاة والسلام **قال**: «**لا تبيعوا الدرهم بالدرهمين** ولا الصاع بالصاعين»[٣]. **المراد ما يحل الصاع إذ لا يجري الربا في نفس الصاع** وهو عام فيما يحله

الطعم والثمنية لا تعمل إلا عند وجود الجنسية اهـ **قوله**: (**أبي سعيد الخدري**) لفظ الخدري ليس في خط الشارح اهـ **قوله**: (**استعمل رجلاً**) يقال له سواد بن غزية اهـ **قوله**: (**فقال: لا تفعل بع الجمع**) قال في المغرب: والجمع الدقل لأنه يجمع ويخلط من تمر خمسين نخلة وقيل: كل لون من النخل لا يعرف اسمه فهو جمع ثم غلب على التمر الرديء، ومنه الحديث «بع الجمع بالدراهم ثم ابتع بالدراهم جنيباً والجنب من أجود التمر اهـ وقال في المغرب أيضاً: الدقل من أردأ التمر اهـ **قوله**: (**قال: لا تبيعوا الدرهم بالدرهمين**) أي ولا

---

(١) سيأتي تخريجه.

(٢) أخرجه البخاري في البيوع (٢٣٠٢)، ومسلم في المساقاة (١٥٩٣)، والنسائي في البيوع (٤٥٥٣)، ومالك في موطئه (١٣١٤).

(٣) أخرجه مسلم في المساقاة (١٥٨٥) عن سيدنا عثمان، وأحمد في مسنده (٥٨٥١) عن سيدنا ابن عمر.

فيتناول المطعوم وغيره، فيكون حجة عليهما ولا يقال: إنه مجاز فلا عموم له لكونه ضرورياً لأنا نقول: له عموم كالحقيقة، **وهذا لأن الحقيقة إنما تعم لأمر زائد** عليها لا لكونها حقيقة والمجاز يشاركها في هذا المعنى فيعم **ولأن المقصود** التماثل إذ البيع ينبئ عن التقابل وذلك بالتماثل واعتبره الشارع فأوجبه **صيانة لأموالهم عن التوى** وتتميماً للفائدة بالتسليم من الجانبين فيكون الزائد عليه قدراً تاوياً على صاحبه بلا عوض، وكذا الحال خير من المؤجل فتفوت به التسوية وفائدة المبايعة لفوات القدرة على التصرف في المؤجل وهو المراد «بقوله عليه الصلاة والسلام: مثلاً بمثل» فعند فواته تلزم الحرمة وهو المراد «بقوله ﷺ: والفضل ربا». فيعلل بعلة تؤثر في إيجاب التماثل فيتعين القدر والجنس لذلك لأنهما يوجبانه إذ التماثل بين شيئين يكون باعتبار الصورة والمعنى لأن كل محدث موجود باعتبارهما فالمعيار يسوي الذات والجنسية تسوي المعنى لاستوائهما في المقصد، ألا ترى أن كيلاً من بر يساوي كيلاً من أرز أو شعير في الصورة ولا معتبر به لعدم ما قلنا، ولا معتبر بالتفاوت في الوصف لأنه لا يعد تفاوتاً في العادة ولأنه قلما يوجد فيه غير متفاوت فاشتراط التساوي فيه يؤدي إلى سد باب/ البياعات وهو مفتوح **والطعم والاقتيات** والثمنية [١٥٥ ب/٢] والادخار من أعظم وجوه المنافع والحاجة إليها من أشد الحاجات وأهمها فسنة الله تعالى في مثله التوسعة والاطلاق دون التضييق، ألا ترى أن الميتة أباحها عند المخمصة للحاجة، وكذا أجاز الانتفاع بالغنيمة قبل القسمة في دار الحرب لمظنة الحاجة عادة بخلاف سائر الأموال المشتركة، ولما كانت حاجة الحيوان إلى الهواء

الدينار بالدينارين اهـ غاية. **قوله: (المراد مايحل الصاع)** أي ويجاوره مجازاً اهـ إتقاني. **قوله: (إذ لا يجري الربا في نفس الصاع)** أي لأن بيع المكيال بمكيالين يجوز بالإجماع اهـ إتقاني. **قوله: (فيتناول المطعوم وغيره)** والدليل على فساد علته أنه يجوز بيع الحيوان بالحيوان متفاضلاً مع وجود الطعم ويجوز عندهم بيع الرطب على رأس النخل بالتمر على وجه الأرض فيما دون خمسة أوسق، وإن كان مطعوماً متفاضلاً اهـ غاية. **قوله: (وهذا لأن الحقيقة إنما تعم لأمر زائد)** وذلك إما الألف واللام أو لفظ الجمع أو الجنس اهـ من خط الشارح. **قوله: (ولأن المقصود)** أي المقصود من قوله عليه الصلاة والسلام: «الحنطة بالحنطة» إيجاب التماثل لا إيجاب البيع اهـ **قوله: (صيانة لأموالهم عن التوى)** لأن أحد البدلين إذا كان أنقص من الآخر يكون الزائد خالياً عن العوض وفيه تلف الزائد فاشترط المماثلة حتى تصان أموال الناس وإليه أشار النبي ﷺ بقوله: «والفضل ربا» أي الفضل على المتماثل ربا أي إن الذي نطق به القرآن بقوله: ﴿وحرّم الربا﴾ [البقرة: ٢٧٥]، المراد به هذا الفضل اهـ إتقاني. **قوله: (والطعم والاقتيات)** هذا جواب عن متمسك الشافعي اهـ

والماء والتراب والنفس أشد جعله الله أوسع من غيرها وكل ما اشتدت الحاجة إليه كانت التوسعة فيه أكثر، فتعليله بما يوجب التوسعة على التضييق من فساد الوضع لأن معنى فساد الوضع أن يفسد وضع ذلك الحكم على ذلك الدليل لكونه يقتضي خلاف ذلك الحكم فيضاده **ولا نسلم أن حرمة البيع أصل** بل الأصل هو الحل والحرمة إذا ثبتت إنما تثبت بالدليل الموجب لها، وهذا لأن الأموال خلقت للابتذال فيكون باب تحصيلها مفتوحاً فيجوز ما لم يقم الدليل على منعه بخلاف النكاح لأن الملك فيه يرد على البضع وهو محترم فيناسب التضييق إعزازاً له لشرف الآدمي فعلم بذلك أن قوله المساواة مخلص باطل ولئن كان مخلصاً فهو مخلص في حالة التساوي وعلة الحرمة في حالة التفاضل والشيء الواحد يتضمن حكمين متضادين في مجلسين مختلفين كالنكاح يثبت الحل في المنكوحة والحرمة في أمها، فكذا القدر والجنس يوجبان الحرمة عند التفاضل والحل عند التساوي وهو المراد بقولنا: هما علة الربا والقاطع للشغب أنه ﷺ شرط التماثل بقوله: «مثلاً بمثل» والتماثل يكون بالوزن أو الكيل لا غير فعلم بذلك أن ما لا يكال ولا يوزن لا يكون من الأموال الربوية وأن الأموال الربوية هي التي تكون من ذوات الأمثال وما لا يكون من ذوات الأمثال ليست من الأموال الربوية إذ الحكم لا يثبت بدون محله ولهذا قالوا: لا يجري الربا فيما لا يدخل تحت المعيار **كالحفنة من الحنطة** والشعير وكالذرّة من الذهب والفضة لعدم ما قلنا.

قال رحمه الله: (**فحرم الفضل والنساء بهما**) أي بالجنس والقدر لما بينا أنهما علة الربا.

قوله: (ولا نسلم أن حرمة البيع أصل إلخ) قال الإتقاني رحمه الله: عند قوله: وإذا عدم الوصفان الجنس والمعنى المضموم إليه حل التفاضل والنساء لأن الأصل في البيع الحل لقوله تعالى: ﴿وأحلّ الله البيع﴾ [البقرة: ٢٧٥] وإنما الحرمة بعارض علة الربا وهي القدر والجنس فإذا انعدمت علة الحرمة كان حلالاً بالحل الأصلي اهـ **قوله: (كالحنفة من الحنطة إلخ)** والخمس حفنات ليست حفنات إذا لم تبلغ نصف الصاع اهـ **قوله في المتن: (فحرم الفضل إلخ)** قال الكمال رحمه الله: وسائر الموزونات خلاف النقد لا يجوز أن يسلم في الموزونات وإن اختلفت أجناسها كإسلام حديد في قطن أو زيت في جبن وغير ذلك إلا إذا خرج من أن يكون وزنياً بالصنعة إلا في الذهب والفضة فلو أسلم سيفاً فيما يوزن جاز إلا في الحديد لأن السيف خرج من أن يكون موزوناً ومنعه في الحديد لاتحاد الجنس، وكذا يجوز بيع إناء من غير النقدين بمثله من جنسه يداً بيد نحاساً كان أو حديداً وإن كان أحدهما أثقل من الآخر بخلافه من الذهب والفضة فإنه يجري فيها ربا الفضل وإن كانت لا تباع وزناً لأن صورة الوزن منصوص عليها فيهما فلا تتغير بالصنعة فلا يخرج عن الوزن

قال رحمه الله: (والنساء فقط بأحدهما) أي حرم النساء وحل التفاضل بوجود أحدهما إما القدر دون الجنس كالحنطة بالشعير أو الجنس دون القدر **كالهروي بالهروي** لقوله عليه الصلاة والسلام: «الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح مثلاً بمثل سواء بسواء فإذا اختلفت

بالعادة وأورد أنه ينبغي أن يجوز حينئذ إسلام الحنطة والشعير في الدراهم والدنانير لاختلاف طريقة الوزن أجيب بأن امتناعه لامتناع كون النقد مسلماً فيه لأن المسلم فيه مبيع وهما متعينان للثمنية، وهل يجوز بيعاً قيل: إن كان بلفظ البيع يجوز بيعاً بثمن مؤجل وإن كان بلفظ السلم فقد قيل لا يجوز قال الطحاوي: ينبغي أن ينعقد بيعاً بثمن مؤجل اهـ **قوله: (والنساء)** بالمدّ ليس غير اهـ كمال. **قوله: (كالهروي بالهروي)** قال الكمال: وكذا إذا باع عبداً بعبد إلى أجل لوجود الجنسية ولو باع العبد بعبدين أو الهروي بهرويين حاضراً جاز اهـ وكتب ما نصه قال في شرح الطحاوي: أنه إذا باع ثوباً هروياً بثوب هروي أو مروياً بمروي نسيئة لا يجوز عندنا ويجوز عنده، وكذا لو باع حيواناً بحيوان فهو على هذا الاختلاف وأجمعوا أن التفاضل يحل وكذلك إسلام المكيلات في المكيلات والموزونات في الموزونات نحو الحديد والرصاص وما أشبه ذلك يجوز عنده ويرد عليه المطعوم في المطعوم نسيئة لا يجوز كالحنطة في الشعير وجوابه أن التقابض في بيع الطعام شرط عندي، ولم يوجد التقابض ففسد العقد بهذا لا لكونه نساء، قال صاحب الإيضاح: وهذا خرق لإجماع الصحابة فإنهم اتفقوا على حرمة النساء وجه قول الشافعي في أن الجنس بانفراده لا يحرم النساء. ما روي عن عبد الله بن عمرو بن العاص أن النبي ﷺ جهز جيشاً فأمرني أن أشتري بعيراً ببعيرين إلى أجل ولأن حقيقة الفضل لا تحرم بالإجماع وهذا لا يجوز بيع الواحد بالاثنين كالهروي بالهرويين، والمروي بالمرويين فلأن لا تحرم شبهة الفضل وهي فضل الحلول على النسيئة أولى وأحرى ولنا ما روى أبو داود في السنن وقال حدّثنا موسى بن إسماعيل قال: حدّثنا حماد عن قتادة عن الحسن عن سمرة عن النبي ﷺ أنه «نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة»[1] ولأن الجنس أحد وصفي علة الربا فيعتبر في تحريم النساء كالوصف الآخر ولهذا لا يجوز بيع الحنطة بالشعير نسيئة بالاتفاق ولأن الحكم يثبت بقدر ثبوت العلة فإذا وجدت علة حقيقية بوجود وصفي العلة تثبت حرمة الربا حقيقة. وإذا وجدت شبهة العلة بوجود أحد وصفي العلة تثبت شبهة الربا والاحتراز عن شبهة الربا واجب كالاحتراز عن حقيقة الربا لأن الشبهة في باب الحرمات ملحقة بالحقيقة بحقيقة أن أحد وصفي علة الربا من القدر والجنس إذا وجد كان ذلك مال الربا

---

(١) أخرجه الترمذي في البيوع (١٢٣٧)، والنسائي في البيوع (٤٦٢٠)، وأبو داود في البيوع (٣٣٥٦)، وابن ماجة في التجارات (٢٢٧٠)، وأحمد في مسنده (١٣٩٢٠)، والدارمي في البيوع (٢٥٦٤).

هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يداً بيد »[(١)] رواه مسلم وأحمد وغيرهما من أئمة الحديث. **ولأن اجتماعهما حقيقة** العلة فيكون لأحدهما شبهة العلة **فيحرم بحقيقة العلة** حقيقة الفضل وهو القدر لأنه تفاضل حقيقة **ويحرم بشبهة العلة** شبهة الفضل وهو النساء لأنه يشبه الفضل فليس بتفاضل حقيقة إعمالاً للدليل بقدره، ولا يقال أحدهما جزء العلة وبه لا يثبت الحكم ولا شيء منه فكيف يثبت بأحدهما حرمة النساء، لأنا نقول: أحدهما علة تامة لهذا الحكم وهو حرمة النساء وإن كان بعض العلة في حق ربا الفضل حقيقة **فلا يلزم المحظور** ويشترط أن يجمعهما الوزن من كل وجه، وإن لم يجمعهما جاز النساء أيضاً كالنقدين مع القطن ونحوه لأن صفة وزنهما مختلف **إذ النقدان يوزنان بالصنجات** ولا يتعينان بالتعيين ويجوز التصرف فيهما قبل القبض وبعده قبل الوزن/ بخلاف غيرهما من الموزونات **فكانا مختلفين صورة ومعنى وحكماً** فلا يحرم النساء، والذي يدلك عليه أنه ﷺ قال: « من أسلم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم »[(٢)] الحديث. أجاز السلم بالوزن مطلقاً مع أن الدراهم هو الغالب في رأس المال ولو لم يجز لكان رداً له بالرأي وهو لا يجوز.

[١٥٦/أ ٤٢/أ]

من وجه لحصول التساوي بينهما من وجه إما ذاتاً بالكيل أو معنى بالجنس، والفضل من حيث الحلول فضل من حيث المعنى، فيثبت به الربا من وجه لأن الحكم يثبت بقدر العلة فيحترز عنه، والجواب عن الحديث قيل: إنه كان في دار الحرب وقد أخذه عبد الله من أهل الحرب ولا ربا بينهما عندنا وقيل: إنه كان قبل تحريم الربا اهـ إتقاني. **قوله**: **(ولأن اجتماعهما حقيقة)** أي القدر والجنس اهـ **قوله**: **(فيحرم بحقيقة العلة)** وذلك بوجود وصفي العلة اهـ **قوله**: **(ويحرم بشبهة العلة)** وهي أحد وصفي العلة اهـ **قوله**: **(فلا يلزم المحظور)** أي: وهو توزيع أجزاء الحكم على أجزاء العلة اهـ **قوله**: **(إذ النقدان يوزنان بالصنجات)** أي: والمثاقيل والزعفران وأمثاله بالأمناء والقبان، وهذا اختلاف الوزن بينهما صورة والنقود لا تتعين بالتعيين والزعفران ونحوه يتعين بالتعيين وهذا اختلاف بينهما معنى، والتصرف في النقود قبل القبض جائز بخلاف الزعفران ونحوه، ولهذا إذا اشترى دنانير أو دراهم موزونة وقبض كان له أن يبيعه موازنة بدون إعادة الوزن وفي الزعفران ونحوه يشترط إعادة الوزن إذا اشترى موازنة وهذا اختلاف بينهما حكماً اهـ إتقاني. **قوله**: **(فكانا مختلفين صورة ومعنى وحكماً)** هذا على طريق اللف والنشر فقوله: صورة يرجع إلى أن القطن يوزن بالأمناء والنقدين بالصنجات. وقوله: ومعنى يرجع إلى قوله: يتعينان بالتعيين وقوله: وحكماً يرجع

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) أخرجه البخاري في السلم (٢٢٤١) بلفظ (من أسلف فليسلف)، ومسلم في المساقاة (١٦٠٤)، والترمذي في البيوع (١٣١١).

قال رحمه اللّه: **(وحلا بعدمهما)** أي حل التفاضل والنساء بعدم الجنس والقدر لعدم العلة الموجبة للحرمة إذ الأصل الجواز على ما بينا، والحرمة تعارض فيجوز ما لم يثبت فيه دليل الحرمة، ألا ترى أن اللّه تعالى أباح البيع بقوله: ﴿وأحل اللّه البيع﴾ [البقرة:٢٧٥]، فيجري على إطلاقه فيما لم يوجد فيه دليل الحرمة على ما بينا من قبل.

قال رحمه اللّه: **(وصح بيع المكيل كالبر والشعير** والتمر والملح والموزون

إلى قوله: ويجوز التصرف فيهما قبل الوزن اهـ **قوله في المتن: (وحلا بعدمهما)** كما إذا اختلف النوعان مما لا يكال ولا يوزن حيث يجوز التفاضل بأن يباع اثنان بواحد كالثوب الهروي بالمروي والجوز بالبيض والحيوان بالثياب ويجوز نسيئة أيضاً اهـ غاية. **قوله: (وصح بيع المكيل كالبر والشعير إلخ)** اعلم أن ما كان مكيلاً أو موزوناً على عهد رسول اللّه ﷺ لا يغير أبداً عن ذلك بل يعتبر ما كان مكيلاً في عهده مكيلاً، ويشترط فيه التساوي بالكيل ولا يلتفت إلى التساوي في الوزن دون الكيل حتى لو تساوى الحنطة بالحنطة وزناً لا كيلاً لم يجز، وكذلك الشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح وما كان موزوناً في عهده يعتبر موزوناً أبداً ولا يلتفت إلى التساوي في الكيل دون الوزن حتى لو تساوى الذهب بالذهب كيلاً لا وزناً لم يجز، وكذلك الفضة بالفضة وذلك لأن طاعة النبي ﷺ واجبة علينا ولأن النص أقوى من العرف لكونه ثابتاً بالنص قال عليه الصلاة والسلام: «ما رآه المؤمنون حسناً فهو عند اللّه حسن». قال القدوري: وما لم ينص عليه فهو محمول على عادات الناس وهذا لما روينا من الحديث وروي عن أبي يوسف أن العرف يعتبر على خلاف المنصوص عليه ووجهه أن النص إنما ورد بالكيل أو الوزن لجريان العادة في زمان رسول اللّه ﷺ كذلك وإذا تبدّلت العادة يؤخذ بها وتترك تلك العادة في زمان رسول اللّه ﷺ حتى لو باع الحنطة بالحنطة مع التساوي في الوزون دون الكيل لم يجز عندهما خلافاً له، وكذلك لو باع الذهب بالذهب مع التساوي في الكيل دون الوزن لم يجز عندهما وإن كان العرف يجري بوزن الحنطة وكيل الذهب اهـ إتقاني. قوله: ولأن النص أقوى من العرف قال الكمال لأن العرف جاز أن يكون على باطل كتعارف أهل زماننا في إخراج الشموع والسرج إلى المقابر لليالي العيد والنص بعد ثبوته لا يحتمل أن يكون على باطل ولأن حجية العرف على الذين تعارفوه والتزموه فقط، والنص حجة على الكل فهو أقوى ولأن العرف إنما صار حجة بالنص وهو قوله عليه الصلاة والسلام: «ما رآه المسلمون حسناً فهو عند اللّه حسن»[1] وفي المجتبى ثبت بهذا أن ما يعتاده أهل خوارزم من بيع الحنطة الربيعية بالخريفية موزوناً متساوياً لا يجوز اهـ وقوله: لأن حجية العرف إلخ فيه تأمل يجب

---

(١) أخرجه أحمد في مسنده (٣٥٨٩).

كالنقدين وما ينسب إلى الرطل بجنسه متساوياً لا متفاضلاً) أما بيع المكيل والموزون غير المنسوب إلى الرطل فقد ذكرناه وبينا أحكامه، **وأما ما ينسب إلى الرطل** منه فالمراد به كل شيء وقع عليه كيل الرطل فإنه يعتبر موزوناً لأنه مقدر بطريق الوزن وذلك مثل الادِّهان فإنه موزون غير أنه لما لم يستمسك إلا في وعاء يشق عليهم وزنه بالإمناء والصنجات في كل وقت بالوعاء فقدّر الوعاء بالأرطال والإمناء فاكتفى به دفعاً للحرج فبقي موزوناً على حاله، ثم قال في الهداية: وإذا كان موزوناً فلو بيع بمكيال لا يعرف وزنه بمكيال مثله لا يجوز لتوهم الفضل في الوزن بمنزلة المجازفة معناه أنه إذا باع ما يباع بالأواقي بكيل غير أواق سواء بسواء لم يجز لأنه باع الموزون بجنسه بكيل لم يقدر بالأواقي **فيكون مجازفة فيبطل** لجواز التفاضل بالوزن، وهذا مشكل لأن الشيئين إذا استويا في كيل وجب أن يستويا في كيل آخر أيضاً ولا تأثير لكون المكيل معلوماً أو مجهولاً في ذلك إذ لا يختلف ثقله فيهما وفي النهاية قال الإسبيجابي: فائدة هذا أنه له باع ما ينسب إلى الرطل بجنسه متفاضلاً في الكيل متساوياً في الوزن يجوز، وهذا حسن وهو قياس الموزونات فإنه لا يعتبر فيه إلا الوزن غير أنه يؤدي إلى أنه **لا يجوز بالأواقي** أيضاً **إذ لا فرق بين كيل وكيل على ما بينا** ولا يندفع هذا الإشكال إلا إذا منع الجواز في الكل.

قال رحمه الله: (وجيده كرديئه) يعني جيد مال الربا ورديئه سواء حتى لا يجوز بيع أحدهما بالآخر متفاضلاً لنهيه ﷺ عن ذلك فيما روينا من حديث أبي سعيد وأبي هريرة حين قال له الرجل: «إنا نأخذ الصاع من هذا بالصاعين والصاعين بالثلاثة بقوله: لا تفعل بع الجمع بالدراهم»[1] الحديث ولأن تفاوت الوصف لا يعد تفاوتاً عادة **ولو اعتبر لانسد باب البياعات** على ما بينا.

تحريره اهـ اق **قوله: (وأما ما ينسب إلى الرطل إلخ)** قال في الهداية: وكل ما ينسب إلى الرطل فهو وزني معناه ما يباع بالأواقي لأنها قدرت بطريق الوزن حتى يحسب ما يباع بها وزناً بخلاف سائر المكاييل اهـ **قوله: (فيكون مجازفة فيبطل)** أي: المساواة في الأموال الربوية شرط جواز العقد فإذا عدمت المساواة يثبت العقد ويثبت الملك للمشتري بالقبض اهـ كافي في الإكراه اهـ **قوله: (لا يجوز بالأواقي)** أي: المقدّر بالأواقي اهـ اق وكتب على قوله: بالأواقي أي: بالكيل الأواقي اهـ **قوله: (إذ لا فرق بين كيل وكيل على ما بينا)** ويمكن الجواب عنه بأنه إنما جاز بالكيل الأواقي دفعاً للحرج فتوهم الفضل بالوزن لا يعتبر بخلاف الكيل المجهول فإنه لا ضرورة فيه اهـ **قوله: (ولو اعتبر لانسدّ باب البياعات)** وهو مفتوح لأن

---

(١) تقدم تخريجه.

قال رحمه الله: (ويعتبر التعيين دون التقابض في غير الصرف) وقال الشافعي: يعتبر التقابض قبل الافتراق في بيع الطعام بالطعام كالنقد بالنقد لما روينا من حديث عبادة بن الصامت فإنه شرط فيه أن يكون « يداً بيد » ولحديث عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه ﷺ قال: « الذهب [بالذهب ربا **إلا هاء وهاء** والورق][(١)] بالورق ربا إلا هاء وهاء والبر بالبر ربا إلا هاء وهاء والشعير بالشعير ربا إلا هاء وهاء والتمر بالتمر ربا إلا هاء وهاء »[(٢)] رواه البخاري ومسلم وأحمد، ومعناه أن هذه البياعات لا تجوز إلا إذا قال: كل واحد منهما لصاحبه هاء أي خذ والمراد به، وبقوله: « يداً بيد » في الحديث الأول القبض، ولهذا يشترط القبض في الذهب والفضة بالإجماع وإن كان مما يتعين بالإشارة كالمصوغ منهما، ولأن قوله عليه الصلاة والسلام: « يداً بيد » لفظ واحد لا يجوز أن يرادبه القبض في حق النقدين والتعيين / [١٥٦ب/٢] في حق غيرهما لأنه إما حقيقة فيهما أو حقيقة في أحدهما ومجاز في الآخر وأيهما كان فلا يجوز الجمع بينهما لما عرف أن المشترك لا عموم له، وأن الجمع بين الحقيقة والمجاز لا يجوز ولأنه يؤدي إلى تعاقب القبض بأن يقبض أحدهما دون الآخر فأشبه التأجيل، وهذا لأن للمقبوض مزية على غيره فيفوت به التساوي وهو الشرط، ولنا: أنه مبيع متعين فلا يشترط فيه القبض كالثوب ونحوه إذا بيع بجنسه أو بخلاف جنسه لحصول مقصوده وهو التمكن من التصرف **بخلاف الصرف** لأنه لا يتعين إلا بالقبض فيشترط فيه ليتعين **وتعاقب القبض لا يعد تفاوتاً في المتعين** بخلاف الحال والمؤجل، والمراد

الحنطة لا تكون مثلاً لحنطة أخرى من كل وجه اهـ إتقاني. **قوله**: (**إلا هاء وهاء**) على وزن هاع بمعنى خذ منه والقصر خطأ اهـ إتقاني قال الكمال: وهاء ممدود من هاء وألف وهمزة بوزن هاع مبني على الفتح ومعناه خذ يعني هو ربا إلا فيما يقول كل منهما لصاحبه :خذ اهـ **قوله**: (**بخلاف الصرف**) لأنه لا يتعين إلا بالقبض فيشترط فيه ليتعين قال الإتقاني رحمه الله: ومعنى قوله عليه الصلاة والسلام « يداً بيد » عيناً بعين بدليل ما روى الطحاوي مسنداً إلى عبادة بن الصامت أن رسول الله ﷺ قال: « لا تبع الذهب بالذهب ولا الورق بالورق ولا البر بالبر ولا الشعير بالشعير ولا التمر بالتمر ولا الملح بالملّح » إلا سواء بسواء عيناً بعين فعلم أن المراد من اليد باليد التعين إلا أن التعين في الصرف لا يتحقق قبل التقابض لما مر آنفاً فلهذا اشترط التقابض اهـ **قوله**: (**وتعاقب القبض لا يعد تفاوتاً في المتعين**) هذا جواب عن

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من المطبوع.

(٢) أخرجه البخاري في البيوع (٢١٣٤)، ومسلم في المساقاة (١٥٨٦)، والترمذي في البيوع (١٢٤٣)، والنسائي في البيوع (٤٥٥٨)، وأبو داود في البيوع (٣٣٤٨)، وابن ماجة في التجارات (٢٢٥٣).

بما روي التعيين غير أن ما يتعين به مختلف فالنقدان يتعينان بالقبض وغيرهما بالتعيين فلا يلزم الجمع بين معنى المشترك ولا بين الحقيقة والمجاز، وإنما شرط القبض في المصوغ من الذهب والفضة باعتبار أصل خلقته، وهو الثمنية لأن الثمنية لا تتعين بالتعيين فيشترط قبضه ولا يسقط اشتراط القبض بالصنعة لبقاء شبهة عدم التعين باعتبار الأصل إذ الشبهة في الحرمات ملحقة بالحقيقة.

قال رحمه الله: (وصح **بيع الحفنة** بالحفنتين والتفاحة بالتفاحتين والبيضة بالبيضتين والجوزة بالجوزتين والتمرة بالتمرتين) لأن هذه الأشياء ليست بمكيل ولا موزون فلم تدخل تحت المعيار فانعدمت العلة بانعدام أحد شطريها وهو القدر **ولهذا يضمن بالقيمة** عند الإتلاف عندنا وما دون نصف صاع بمنزلة الحفنة لأنه لا تقدير فيه في الشرع بما دونه فلم يكن من ذوات الأمثال هذا إذا باع ما دون نصف الصاع بما دون نصف الصاع، وإن باع ما دون نصف الصاع بنصف صاع أو أكثر لم يجز إلا مثلاً بمثل لوجود المعيار من أحد الجانبين فتحققت الشبهة، وعلى هذا لو باع ما لا يدخل تحت الوزن كالذرَّة من ذهب أو فضة بما لا يدخل تحته جاز لعدم التقدير

قول الخصم: ولأنه إذا لم يقبض في المجلس يتعاقب فأجاب بأن التجار لا يفاضلون في المالية بين المقبوض في المجلس وغير المقبوض بعد أن يكون حالاً بخلاف الحال والمؤجل وإذا لم يتمكن فضل خال عن المعاملة كان العقد جائزاً كما في بيع العبيد والدواب بجنسه وبغير جنسه اهـ **قوله في المتن: (وصح بيع الحفنة)** أي وهي ملء الكفين اهـ مصباح وعند الشافعي لا يجوز بيع الحفنة بالحفنتين لوجود الطعم وعدم المخلص وهو المساواة اهـ إتقاني. وسيأتي في كلام الشارح بمعناه اهـ وكتب على قوله والحفنة ما نصه. قال في الصحاح: الحفنة ملء الكفين من طعام أو غيره ومنه إنما نحن حفنة من حفنات الله أي يشير بالإضافة إلى ملكه ورحمته وحفنت الشيء إذا حرفته بكلتا يديك ولا يكون إلا من الشيء اليابس كالدقيق والرمل ونحوه اهـ وفي النهاية لابن الأثير في حديث أبي بكر رضي الله عنه «إنما نحن حفنة من حفنات الله»[1] أراد أنا على كثرتنا يوم القيامة قليل عند الله كالحفنة، وهي ملء الكف وقال الإتقاني: الحفنة ملء الكف اهـ **قوله: (ولهذا يضمن بالقيمة إلخ)** هذا إيضاح لقوله: لأن هذه الأشياء إلخ اهـ يعني أن الحفنة والحفنتين والتفاحة والتفاحتين لو كان داخلاً تحت المعيار كان مضموناً بالمثل عند الإتلاف كما في سائر المكيلات والموزونات ولكنه مضمون بالقيمة فدل أنه لم يدخل تحت المعيار وهذا ينبغي أن يكون في العددي المتفاوت لا في المتقارب، ألا ترى أن فخر الإسلام قال في شرح الجامع الصغير: ولا يلزم أن الجوزة مثل الجوزة في ضمان العدوان، وكذا سائر هذه

---

(١) ذكره ابن الأثير في النهاية (١/ ٤٠٩) مادة (حفن).

شرعاً إذ لا يدخل تحت الوزن وعند الشافعي لا يجوز جميع ذلك لأن العلة عنده الطعم أو الثمنية وقد وجدت.

قال رحمه اللّه: (**والفلس بالفلسين بأعيانهما**) أي البدلان بأعيانهما بأن كان الفلس معيناً والفلسان معينين وهذا عندهما، **وقال محمد**: **لا يجوز** لأن الفلوس الرائجة أثمان والثمن لا يتعين بالتعيين، ولهذا إذا قابل الفلوس **بخلاف جنسها لا يتعين كالدراهم** والدنانير حتى كان له أن يعطي غيرها **ولا يفسد البيع بهلاكها**، وهذا لأن ثمنيتها تثبت باصطلاح الكل **فلا تبطل باصطلاحهما** كالدراهم والدنانير فإذا لم يتعين

الجملة يعني أن التمرة مثل التمرة والبيضة مثل البيضة ولم يجعل كذلك في حكم الربا لأن الجوزة ليست مثل الجوزة لعدم دليل المماثلة للتفاوت إلا أن الناس اصطلحوا على إهدار التفاوت فقبل ذلك في حقهم وهو ضمان العدوان فأما في حق وجوب التسوية وحرمة الفضل فلا اهـ غاية البيان. قول الشارح رحمه اللّه: ولهذا يضمن بالقيمة عند الإتلاف عندنا قال الكمال رحمه اللّه: ومن فروع ضمان ما دون نصف صاع بالقيمة أنه لو غصب حفنة فعفنت عنده ضمن قيمتها فإن أبى إلا أن يأخذ عينها أخذها ولا شيء له في مقابلة الفساد الذي حصل لها، وعند الشافعي لما كانت علة الربا الطعم حرم الحفنة والتفاحة بثنتين وقالوا: ما دون نصف صاع في حكم الحفنة لأنه لا تقدير في الشرع بما دونه فعرف أنه لو وضعت مكاييل أصغر من نصف الصاع لا يعتبر التفاضل بها، وهذا إذا لم يبلغ كل واحد من البدلين نصف صاع فإن بلغ أحدهما نصف صاع لم يجز حتى لا يجوز بيع نصف صاع فصاعداً بحفنة، وفي جمع التفاريق قيل لا رواية في الحفنة بالقفيز واللب بالجوز والصحيح ثبوت الربا ولا يسكن الخاطر إلى هذا بل يجب بعد التعليل بالقصد إلى صيانة أموال الناس تحريم التفاحة بالتفاحتين والحفنة بالحفنتين، أمّا إن كانت مكاييل أصغر منها كما في ديارنا من وضع ربع القدح وثمن القدح المصري فلا شك وكون الشرع لم يقدّر بعض المقدّرات الشرعية في الواجبات المالية كالكفارات وصدقة الفطر بأقل منه لا يستلزم إهدار التفاوت المتيقن بل لا يحل بعد تيقن التفاضل مع تيقن تحريم إهداره ولقد أعجب غاية العجب من كلامهم هذا وباللّه التوفيق اهـ قوله: لأنه لا تقدير فيه في الشرع بما دونه وجاء التقدير بنصف صاع في صدقة الفطر قال في الفتاوى الصغرى: أدنى ما يكون مال الربا من الحنطة نصف القفيز والمراد من القفيز صاع اهـ غاية. **قوله في المتن**: (**والفلس بالفلسين بأعيانهما**) قيل: الضمير يرجع إلى الفلسين لأن الفلس الواحد مبيع وهو متعين ضرورة اهـ **قوله**: (**وقال محمد**: **لا يجوز**) قال الكمال: وأصله أن الفلس لا يتعين بالتعيين ما دام رابحاً عند محمد وعندهما يتعين حتى لو هلك أحدهما قبل القبض بطل العقد اهـ **قوله**: (**بخلاف جنسها**) كما إذا اشترى فاكهة بفلوس اهـ إتقاني. **قوله**: (**لا يتعين كالدراهم**) فكذا إذا قوبل بجنسه اهـ إتقاني. **قوله**: (**ولا يفسد البيع بهلاكها**) هذا لا يلزم أبا حنيفة لأن البيع

يؤدي إلى الربا أو يحتمله بأن يأخذ بائع الفلس الفلسين أوّلاً فيرد أحدهما قضاء بدينه ويأخذ الآخر بغير عوض أو يأخذ بائع الفلسين الفلس أوّلاً ثم يضم إليه فلساً آخر فيردهما عليه فيرجع إليه فلسه مع فلس آخر بغير عوض يقابله وهو ربا فصار كما لو كان بغير أعيانهما أو أحدهما بعينه، والآخر بغير عينه **ولهما أن الفلوس ليست بأثمان** خلقة وإنما كان ثمناً بالاصطلاح وقد اصطلحا بإبطال الثمنية فتبطل وإن كانت ثمناً عند غيرهما من الناس لبقاء اصطلاحهم على ثمنيتها، وهذا لأنه لا ولاية للغير عليهما فلا يلزمهما اصطلاحهم **بخلاف الدراهم والدنانير** لأن ثمنيتها بأصل الخلقة فلا تبطل بالاصطلاح فإذا بطلت الثمنية تتعين بالتعيين فلا يؤدي إلى الربا **بخلاف ما إذا كانا بغير أعيانهما** / أو أحدهما بغير عينه لأنه يؤدي إلى الربا على ما بينا فإن قيل: [١٥٧/أ ٢/١] إذا بطلت الثمنية وجب ألا يجوز بيع بعضها ببعض متفاضلاً لأن النحاس موزون وإنما صار معدوداً بالاصطلاح على الثمنية، فإذا بطلت الثمنية عاد إلى أصله موزوناً فلا يجوز بيعه بجنسه متفاضلاً قلنا: لا يعود موزوناً **لأن اصطلاحهما على العد باقٍ** ولا يلزم

يفسد عنده، وإنما يتمشى على مذهب أبي يوسف اهـ شيخنا. **قوله: (فلا تبطل باصطلاحهما)** لأنه نسخ للإجماع بالآحاد فلا يجوز اهـ إتقاني. **قوله: (فيرجع إليه فلسه مع فلس آخر بغير عوض يقابله)** وهذا على تقدير أن يرضى بتسليم المبيع قبل قبض الثمن اهـ فتح. **قوله: (ولهما أن الفلوس ليست بأثمان)** والأصل في الفلس أن يكون مثمناً لأنه نحاس إتقاني. **قوله: (بخلاف الدراهم والدنانير)** لأن ثمنيتهما بأصل الخلقة، قال الإتقاني رحمه اللّه: وأما بيع الفلس بالفلسين فهو على وجوه: إما أن كانا دينين أو عينين أو أحدهما ديناً فإن كان أحدهما ديناً لا يجوز لأن الجنس يحرم النساء، وكذلك إذا كانا دينين لهذا المعنى ولأن النبي ﷺ «نهى عن الدين بالدين»، وإن كان كل منهما عيناً جاز عند أبي حنيفة وأبي يوسف استحساناً، وقال محمد والشافعي: لا يجوز قالوا: هذا بناء على أن الفلوس هل تتعين بالتعيين أم لا فعندهما تتعين بالتعيين حتى لو هلك ينتقض العقد، ولو أراد أن يعطي غيره لا يجوز وقال محمد: لا يتعين اهـ واستفيد منه أن صور بيع الفلس بالفلسين أربع: الأولى: أن يبيع فلساً بغير عينه بفلسين بغير أعيانهما، الثانية: أن يبيع فلساً بعينه بفلسين بغير أعيانهما، الثالثة: أن يبيع فلسين بأعيانهما بفلس بغير عينه، الرابعة: أن يبيع فلساً بعينه بفلسين بعينهما. وهذه الصورة فيها خلاف والصور الثلاثة لا خلاف في عدم جوازها واللّه الموفق. **قوله: (بخلاف ما إذا كانا بغير أعيانهما إلخ)** قال الإتقاني: بخلاف ما إذا كانا غير متعينين حيث لا يجوز بيع الواحد بالاثنين لأنه كالئ بكالئ وهو حرام لنهي النبي ﷺ. وكذا إذا كان أحدهما غير عين لأن الجنس يحرم النساء اهـ **قوله: (لأن اصطلاحهما على العدّ باق)** إذ في نقضه في حق العدّ فساد العقد وهما قصدا صحة العقد لا فساده ولا صحة للعقد إلا بعد بطلان الثمنية فكان لهما نقضها فإذا عاد

من بطلان الثمنية بطلان العد وكم من شيء معدود لا يكون ثمناً، ألا ترى أن الأواني من النحاس أو نحوه غير الذهب والفضة يجوز بيع بعضها ببعض متفاضلاً إذا كانت في اصطلاحهم معدودة، وهذا لما عرف أن المعتبر في كونه موزوناً أو مكيلاً في غير المنصوص عليه العرف بخلاف المنصوص عليه كالأشياء الستة **لأن العلة المستنبطة لا تعتبر في محل النص** للاستغناء عنها بالنص، **ولهذا إذا كانت العلة المستنبطة قاصرة لا تعتبر** أصلاً بخلاف المنصوص عليها، فإذا لم يبطل اصطلاحهما على العد لم يعد وزنياً فجاز بيعه متفاضلاً ولا يقال: إذا كسدت الفلوس باتفاق الكل لا تكون ثمناً باصطلاح المتعاقدين حتى لا تجري فيها أحكام الأثمان في حقهما فكذا لا تكون عروضاً أيضاً باصطلاحهما لأنا نقول: الأصل فيها أن تكون عروضاً فاصطلاحهما على الثمنية بعد الكساد مخالف للأصلي ولرأي الجماعة فلا يصح بخلاف اصطلاحهما على جعلها عروضاً لأنه موافق للأصل فيصح وإن كان فيه خلاف رأي الكل.

قال رحمه الله: (واللحم بالحيوان) وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف **وقال محمد: لا يجوز بيعه بالحيوان من جنسه** إلا إذا كان اللحم المفرز أكثر مما في الحيوان ليكون قدره مقابلاً **باللحم والزائد بالسقط لنهيه** ﷺ **«عن بيع اللحم بالحيوان»**[1] رواه في الموطأ. ولأنهما جنس واحد، **ولهذا لا يجوز بيع أحدهما بالآخر نسيئة** فكذا

مثمناً جاز بيع الواحد بالاثنين لأن العددي إذا لم يكن ثمناً جاز بيعه، كذلك كالثوب بالثوبين والجوزة بالجوزتين اهـ هداية وشرحها للإتقاني. **قوله: (لأن العلة المستنبطة لا تعتبر في محل النص)** لأن القياس حجة ضرورية صير إليه عند تعذر العمل بالمنقول إلى شبهته في الفرع ولا حجة إليه في الأصل لوجود النص فيه كذا بخط الشارح اهـ **قوله: (ولهذا إذا كانت العلة المستنبطة قاصرة)** ومعنى القاصرة أن لا تتعدّى العلة إلى الفرع بأن لا توجد تلك العلة إلا في الأصل كتعليل الشافعي بالثمنية مثلاً اهـ من خط الشارح رحمه الله. **قوله: (وقال محمد: لا يجوز بيعه بالحيوان من جنسه)** بأن باع لحم الشاة بالشاة اهـ أما إذا كان بلحم من خلاف جنسه جاز كيفما كان بعد أن يكون عيناً بعين عندنا اهـ إتقاني. وقوله: من خلاف جنسه بأن باع لحم البقر بالشاة وما أشبهه اهـ وقوله: جاز أي بالاتفاق اهـ **قوله: (والزائد بالسقط)** قال الكمال: والمراد بالسقط ما لا يطلق عليه اسم اللحم كالكرش والمعلاق والجلد والأكارع اهـ **قوله: (لنهيه عليه الصلاة والسلام عن بيع اللحم بالحيوان)** فعلى هذا ينبغي أن لا يجوز مطلقاً اهـ **قوله: (ولهذا لا يجوز بيع أحدهما بالآخر نسيئة)** لا يلزم من عدم جوازه نسيئة أن لا يجوز متفاضلاً كالبر والشعير اهـ قال في الهداية: ويجوز بيع اللحم بالحيوان عند أبي حنيفة وأبي يوسف، قال الكمال: سواء كان اللحم من جنس ذلك

---

(١) أخرجه مالك في موطئه (١٣٥٩).

متفاضلاً كالزيت بالزيتون، **ولهما: أنه بيع المعدود** بالموزون فيجوز متفاضلاً لاختلافهما جنساً وهذا لأن الحيوان ليست فيه مالية اللحم إذ هي معلقة بفعل شرعي وهو الذكاة، ألا ترى أنه لا ينتفع به انتفاع اللحم فصار جنساً آخر غير اللحم **ولهذا قال الله تعالى: ﴿فكسونا العظام لحماً ثم أنشأناه خلقاً آخر﴾** [المؤمنون: ١٤] أي بنفخ الروح فإذا كان جنساً آخر جاز بيع أحدهما بالآخر متفاضلاً بخلاف الزيت مع الزيتون لأنهما جنس واحد إذ الزيت موجود فيه للحال، وإنما هو مستتر وإنما لايجوز بيع أحدهما بالآخر نسيئة **لأن المتأخر منهما لا يمكن ضبطه** على ما عرف في باب السلم لا لأنهما جنس واحد، ألا ترى أنه لا يجوز ذلك إذا بيع بغيره من خلاف الجنس أيضاً، **ولو كان المذبوح غير مسلوخ** وجب أن يجوز عنده أيضاً على وجه الاعتبار بأن يجعل لحم كل واحد منهما بجلد الآخر كما قالوا: في شاتين مذبوحتين غير مسلوختين بيعت إحداهما بالأخرى.

قال رحمه الله: (والكرباس بالقطن) وكذا بالغزل كيفما كان لاختلافهما جنساً لأن الثوب لا ينقض فيعود غزلاً أو قطناً، وكذا القطن والغزل موزونان والثوب ليس بموزون **ولو باع القطن بغزله** قال محمد: جاز كيفما كان لاختلاف الجنس بينهما لأن الغزل لا ينقض فيعود قطناً وقال أبو يوسف: لا يجوز إلا متساوياً لأن غزل

الحيوان أو لا مساوياً لما في الحيوان أم لا يشترط التعيين، أما بالنسيئة فلا لامتناع السلم في الحيوان واللحم اهـ **قوله: (ولهما أنه بيع المعدود إلخ)** قال الرازي رحمه الله: ولنا أنه باع موزوناً بغير موزون فيصح كيفما كان والنهي محمول على ما إذا كان أحدهما نسيئة ولهذا قيد به في رواية اهـ **قوله: (ولهذا قال الله تعالى: ﴿فكسونا العظام لحماً ثم أنشأناه خلقاً آخر﴾ [المؤمنون: ١٤])** فعلم أن الحي مع الجماد جنسان اهـ فتح. **قوله: (لأن المتأخر منهما لا يمكن ضبطه)** أي سواء كان اللحم أو الحيوان اهـ **قوله: (ولو كان المذبوح غير مسلوخ إلخ)** قال في شرح الطحاوي: ولو كانت الشاة مذبوحة غير مسلوخة فاشتراها بلحم الشاة فالجواب في قولهم جميعاً، كما قال محمد: وأراد بالمذبوحة غير المفصولة من السقط ولو اشترى شاة حية بشاة مذبوحة يجوز في قولهم جميعاً، أما على قولهما لا يشكل لأنه لو اشتراها باللحم يجوز كيفما كان فكذلك إذا اشتراها بشاة مذبوحة، وأما على قول محمد: فإنما يجوز لأنه لحم بلحم وزيادة اللحم في إحداهما مع سقطها بإزاء سقط الأخرى فلا يؤدّي إلى الربا فيجوز اهـ إتقاني رحمه الله. **قوله: (ولو باع القطن بغزله)** قال في الهداية: واختلفوا في القطن بغزله والكرباس بالقطن يجوز كيفما كان بالإجماع اهـ قال الإتقاني: قوله: واختلفوا في القطن بغزله أي اختلف المشايخ في بيع القطن بغزل القطن متساوياً وزناً. قال بعضهم: يجوز لأن أصلهما واحد وكلاهما موزون، وقال بعضهم: لا

القطن قطن لأن القطن غزل دقاق وقول محمد: أظهر **ولو باع المحلوج بغير المحلوج جاز إذا علم أن الخلاص أكثر مما في** الآخر وإن كان لا يدري لا يجوز ولو باع القطن غير المحلوج يجب القطن فلا بد أن يكون/ [١٥٧ ب/٢] الحب الخالص أكثر من الحب الذي في القطن حتى يكون قدره متقابلاً به والزائد بالقطن، وكذا لو باع شاة على ظهرها صوف أو في ضرعها لبن بصوف أو بلبن يشترط أن يكون الصوف أو اللبن أكثر مما على الشاة لما ذكرنا من المعنى وهو نظير بيع الزيت بالزيتون على ما يجيء.

قال رحمه اللّه: (والرطب بالرطب أو بالتمر متماثلاً **والعنب بالزبيب**) يعني متماثلاً أيضاً، أما الرطب بالتمر **فالمذكور هنا قول أبي حنيفة: وقالا: لا يجوز** لقوله ﷺ: «حين سئل عنه أينقص إذا جف فقيل: نعم فقال ﷺ: لا إذاً فأفسد البيع»[١]. وأشار إلى العلة وهي النقصان وفيه إشارة إلى أنه يشترط لجواز العقد المماثلة في أعدل الأحوال **وهو ما بعد الجفاف** لا في الحال فصار نظير بيع الدقيق بالحنطة فإنه لا يجوز للتفاوت بعد الطحن وله: قوله ﷺ في الحديث المشهور: «التمر بالتمر مثلاً بمثل **والرطب تمر** فيجوز بيعه بالتمر متماثلاً»[٢] والدليل على أنه تمر ما روي «أنه ﷺ **حين أهدي إليه رطب قال: أو كل تمر خيبر هكذا**»[٣] **وروي أنه عليه السلام** «**نهى عن**

يجوز وإليه ذهب صاحب خلاصة الفتاوى لأن القطن ينقص إذا غزل فصار كالحنطة مع الدقيق اهـ **قوله**: (**ولو باع المحلوج بغير المحلوج جاز إذا علم أن الخالص أكثر مما في الآخر**) ليكون الزائد مقابل الحب اهـ **قوله**: (**والعنب بالزبيب إلخ**) وأما الرطب بالرطب فيجوز متماثلاً كيلاً، وكذا العنب بالعنب يجوز عندنا، وبه قال مالك وأحمد والمزني خلافاً للشافعي اهـ فتح. **قوله**: (**فالمذكور هنا قول أبي حنيفة**) وقد تفرد أبو حنيفة بالقول بالجواز اهـ فتح. قال علاء الدين العالم في طريقته قال أبو حنيفة: بيع الرطب بالتمر متساوياً كيلاً يجوز. وقال الباقون من أهل العلم لا يجوز وأجمعوا أن بيع الرطب بالتمر متفاضلاً لا يجوز اهـ إتقاني. **قوله**: (**وقالا: لا يجوز**) والشافعي ومالك وأحمد اهـ فتح. **قوله**: (**وهو ما بعد الجفاف**) ولم يوجد ذلك في بيع الرطب بالتمر اهـ **قوله**: (**والرطب تمر**) فيجوز بيعه والتمر بالتمر مثلاً بمثل كيلاً بكيل جائز، وكذا الرطب بالتمر إلا أن الرطب اختص باسم خاص كالبرني اهـ إتقاني. **قوله**: (**حين أهدي إليه رطب إلخ**) قال الإتقاني: فيه نظر لأن الهدية كانت تمراً، ألا ترى إلى ما حدّث مالك في الموطأ عن عبد المجيد بن سهيل عن عبد الرحمن

---

(١) أخرجه الترمذي في البيوع (١٢٢٥) بلفظ (إذا يبس)، والنسائي في البيوع (٤٥٤٥)، وأبو داود في البيوع (٣٣٥٩)، وابن ماجة في التجارات (٢٢٦٤)، ومالك في موطئه (١٣١٦).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) ذكره الزيلعي في نصب الراية (٤ / ٣٤).

بيع الثمر حتى يزهي فقيل: وما يزهي قال: يحمرُّ»[١] وهو اسم له من أول ما ينعقد إلى أن يدرك **ولأنه إن كان تمراً** جاز بيعه به بأول الحديث وهو قوله ﷺ: «التمر بالتمر مثلاً بمثل **وإن كان غير تمر فبآخره**» وهو قوله ﷺ: «إذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم»[٢] ولأنهما مستويان في الحال وإنما يتفاوتان في المآل لذهاب جزء منه وهو الرطوبة بخلاف بيع الحنطة بالدقيق لأنهما متفاوتان في الحال ويظهر ذلك بالطحن إذ الطحن لا يزيد فيه شيئاً أو ما روياه لم يصح لأن مداره على زيد بن عياش، وهو ضعيف عند النقلة ولئن صح فهو محمول على أن السائل كان وصياً في مال يتيم أو ولياً لصغير فلم ير ﷺ بهذا التصرف نظراً له إذ هو مقيد بالنظر، **ألا ترى أنه** يمنع من بيع الجيد بالرديء من مال الربا لما ذكرنا، **وبيع العنب بالزبيب على هذا الخلاف** والوجه

ابن عوف عن سعيد بن المسيب عن أبي سعيد الخدري عن أبي هريرة «أن رسول الله ﷺ استعمل رجلاً على خيبر فجاء بتمر جنيب، فقال له رسول الله ﷺ: «أو كلُّ تمر خيبر هكذا، فقال: لا والله يا رسول الله إنا لنأخذ الصاع من هذا بالصاعين والصاعين بالثلاثة، فقال رسول الله ﷺ: فلا تفعل بع الجمع بالدراهم ثم ابتع بالدراهم جنيباً» قال صاحب الفائق: الجمع صنوف من التمر تجمع والجنيب لون منه جيد وكانوا يبتاعون صاعين من الجمع بصاع من الجنيب فقال: ذلك تنبيهاً لهم على الربا اهـ **قوله**: (**قال: أوكل تمر خيبر هكذا**) فسماه أي: الرطب تمراً اهـ فتح. **قوله**: (**وروي أنه عليه السلام نهى عن بيع الثمر**) فيه نظر إذ الثمرة أعم من التمر اهـ **قوله**: (**ولأنه إن كان تمر إلخ**) هذا اللفظ يُحكى عن أبي حنيفة أنه دخل بغداد وكانوا أشدّاء عليه لمخالفة الخبر فسألوه فقال: الرطب إما أن يكون تمراً أو لم يكن فإن كان تمراً جاز العقد عليه لقوله ﷺ: «التمر بالتمر» وإن لم يكن جاز لقوله ﷺ: «إذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم» فأورد عليه الحديث فقال: هذا الحديث دار على زيد بن عياش وزيد بن عياش ممن لا يقبل حديثه وأبدله المصنف بقوله: ضعيف عند النقلة اهـ **قوله**: (**وإن كان غير تمر فبآخره**) وهذا الترديد حسن في المناظرة لدفع شغب الخصم، لكن الحجة لا تتم به لجواز أن يكون ثم قسم آخر اهـ من خط الشارح. **قوله**: (**ألا ترى أنه**) أي الوصي اهـ **قوله**: (**وبيع العنب بالزبيب على هذا الخلاف**) عند أبي حنيفة يجوز مع التساوي كيلاً وعندهما لا يجوز اهـ كمال. قال في الهداية: وكذلك العنب بالزبيب يعني على هذا الخلاف قال الإتقاني: يعني كما يجوز بيع الرطب

---

(١) أخرجه البخاري في البيوع (٢١٩٧) بلفظ (حتى تزهو)، ومسلم في المساقاة (١٥٥٥) واللفظ له، وابن ماجة في التجارات (٢٢١٧) بلفظ (حتى تزهو).

(٢) أخرجه مسلم في المساقاة (١٥٨٧) بلفظ (إذا اختلفت هذه الأصناف)، وأبو داود في البيوع (٣٣٤٩)، وأحمد في مسنده (٢٢٢٢٠).

ما بيناه من الجانبين **وقيل: لا يجوز بالاتفاق** كالحنطة المقلية بغير المقلية والفرق لأبي حنيفة بينه وبين الرطب بالتمر في هذه الرواية أن النص الوارد بلفظ التمر هناك يتناول الرطب على ما بينا ولم يوجد مثله هنا فبقي محرماً حتى يعتدل، **وأما بيع الرطب بالرطب فلما روينا لأن اسم التمر** يتناوله فيجوز بيعه مثلاً بمثل كذلك ولو باع البسر بالتمر لا يجوز التفاضل فيه لأنه تمر على ما بينا **بخلاف الكفرّى** حيث يجوز بيعه بما شاء من التمر **لأنه ليس بتمر لأن اسم التمر يطلق عليه من أول ما تنعقد صورته لا قبله** وهو عددي متفاوت وهو أول ما ينشق عنه النخل سُمي به لأنه يستر ما في جوفه، ولتفاوته

بالتمر متماثلاً كيلاً عند أبي حنيفة، كذلك يجوز بيع العنب بالزبيب عنده إذا تساويا كيلاً وعندهما لا يجوز بيع العنب بالزبيب تساويا أو تفاضلا كما قالا في الرطب، وقد ذكرنا الرواية قبل هذا على هذا الاختلاف عن شرح الطحاوي اهـ **قوله: (وقيل: لا يجوز بالاتفاق)** كالحنطة المقلية بغير المقلية وذكر أبو جعفر أنه يجوز اتفاقاً اهـ ابن فرشتا. **قوله: (وأما بيع الرطب بالرطب)** قال الكمال: وأما الرطب بالرطب فيجوز عندنا كيلاً متماثلاً اهـ قال الإتقاني: نقلاً عن التقريب، وأما العنب بالعنب فيجوز في قولهم كما في الرطب بالرطب، وأما البسر بالرطب فقال أبو حنيفة: يجوز مثلاً بمثل وقالا: لا يجوز اهـ **قوله: (فلما روينا أن اسم التمر)** الذي بخط الشارح لأن اسم التمر اهـ **قوله: (بخلاف الكفرى)** قال الإتقاني: الكُفَرّى: مقصور بضم الكاف وفتح الفاء وتشديد الراء المهملة وعاء الطلع ويسمى كافوراً وكفرى، كذا قاله ابن دريد: وقيل إنما سمي به لأنه يستر ما في جوفه اهـ ذكر البدر ابن مالك في شرح الخلاصة في الكفرى وجهين فتح الفاء وضمها وتبعه المرادي وحكى البصري تثليث الفاء اهـ **قوله: (لأنه ليس بتمر لأن اسم التمر يطلق عليه إلخ)** قال الكمال: وهذا الاسم أعني التمر له من أوّل ما ينعقد صورته لا قبله وبهذا استدل بعضهم لأبي حنيفة من بيع الرطب فورد عليه أنه لو حلف لا يأكل تمراً فأكل رطباً لا يحنث فكان غيره فأجاب بالمنع بل يحنث، وليس بصحيح بل المسألة مسطورة في الكتب المذهبية المشهورة بأنه لا يحنث، وكذا ادعى أنه يحنث فيما إذا حلف لا يأكل تمراً فأكل بسراً ولم يكن به حاجة إلى هذا إذ يكفيه أن الأيمان مبنية على العرف وكلامنا فيه لغة وهم بعد ذلك مطالبون بتصحيح أن اسم التمر يلزم الخارج من حين ينعقد إلى أن يطيب ثم يجف من اللغة ولا ينكر صحة الإطلاق باعتبار مجاز الأوّل اهـ ما قاله الكمال رحمه اللّه. **قوله: (من أوّل ما تنعقد صورته لا قبله)** ولهذا لو حلف لا يأكل تمراً فأكل رطباً يحنث في يمينه مع أن مبنى الأيمان على العرف ذكره علاء الدين العالم في طريقة الخلاف بخلاف ما إذا أكل طلعاً لم يبد صلاحه لم يحنث في يمينه، فإن قلت: لو حلف لا يأكل تمراً فأكل بسراً لا يحنث في يمينه فعلم أن التمر ليس باسم لتمر النخل من حين ما يبدو صلاحها إلى أن ينتهي، قلت: منعه علاء الدين العالم في طريقة الخلاف وقال: بل يحنث عندنا اهـ إتقاني.

فاحشاً لا يجوز السلم فيه ولو باع حنطة رطبة أو مبلولة بحنطة رطبة أو مبلولة أو يابسة جاز البيع، **وكذا لو باع تمراً منقعاً** أو زبيباً منقعاً بتمر مثله أو بزبيب مثله أو باليابس منهما **جاز عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد: لا يجوز شيء من ذلك لأنه يعتبر المساواة في أعدل الأحوال** وهو بعد اليبس والفرق له بين بيع الرطب بالرطب وبين بيع المبلول ونحوه بمثله حيث أجاز بيع الرطب بالرطب، ومنع غيره جميعه أن التفاوت / فيها يظهر مع بقاء البدلين **على الاسم الذي عقد عليه** العقد، وفي الرطب بالتمر مع بقاء أحدهما على ذلك الاسم فيكون تفاوتاً في عين المعقود عليه، وفي الرطب بالرطب يكون التفاوت بعد زوال ذلك الاسم فلم يكن تفاوتاً في المعقود عليه وأبو حنيفة يعتبر المساواة في الحال، وكذا أبو يوسف لإطلاق قوله ﷺ: «الحنطة بالحنطة مثلاً بمثل»[1] الحديث. وهو بإطلاقه يتناول الحنطة والتمر والشعير على أي صفة كان إلا أن أبا يوسف ترك هذا الأصل في بيع الرطب بالتمر حتى منعه بما روينا من حديث زيد بن عياش على ما بينا من قبل. [٣/١٥٨]

قال رحمه الله: **(واللحوم المختلفة بعضها ببعض متفاضلاً ولبن البقر والغنم وخل**

قال الكمال: وما ادعاه بعض الخلافيين فيمن حلف لا يأكل تمراً فأكل رطباً أنه يحنث فليس كذلك بل المذهب أنه لا يحنث لأن مبناها على العرف اهـ **قوله: (وكذا لو باع تمراً منقعاً)** قالوا: إنه بفتح القاف مخففاً من أنقع الزبيب في الخابية إذا ألقاه فيها ليبتل وتخرج منه الحلاوة ولكن المشهور بين الفقهاء منقع بالتشديد وعليه بنيت المنظومة في باب محمد اهـ إتقاني. **قوله: (جاز عند أبي حنيفة وأبي يوسف)** أي إذا تساويا كيلاً اهـ غاية. **قوله: (وقال محمد: لا يجوز شيء من ذلك)** قال في خلاصة الفتاوى: قال شمس الأئمة الحلواني: الرواية محفوظة عن محمد رحمه الله أن بيع الحنطة اليابسة بالمبلولة إنما لا يجوز إذا انتفخت، أما إذا بلت من ساعتها يجوز بيعها باليابسة اهـ **قوله: (لأنه يعتبر المساواة في أعدل الأحوال)** وهو بعد اليبس كما ذهب إليه في بيع الرطب بالتمر لحديث سعد اهـ إتقاني. والحاصل أن محمداً يعتبر المساواة في أعدل الأحوال وهو حالة الجفاف إلا أن في بيع الرطب بالرطب اعتبر المساواة في الحال لأن التفاوت ثمة إنما يكون بعدما يكون الرطب شيئاً آخر وهو التمر فلا يكون التفاوت في المعقود عليه، والحنطة المبلولة أو الزبيب المنقع أو التمر المنقع بعد الجفاف لا يزول عنه اسم المعقود عليه فكان التفاوت في المعقود عليه اهـ **قوله: (على الاسم الذي عقد عليه)** أراد به بقاء اسم الحنطة والزبيب والتمر بعد الجفاف اهـ إتقاني. **قوله في المتن: (واللحوم المختلفة بعضها ببعض متفاضلاً)** ولا يجوز

---

(١) أخرجه مسلم في المساقاة (١٥٨٨)، والنسائي في البيوع (٤٥٥٩)، وابن ماجة في التجارات (٢٢٥٥)، وأحمد في مسنده (٧١٣١).

الدقل بخل العنب) **وقال الشافعي: لا يجوز** لأنه جنس واحد **لاتحاد الاسم والصورة والمقصود**، ولنا: أن أصولها أجناس مختلفة حتى لا يضم بعضها إلى بعض في الزكاة **وأسماؤها أيضاً مختلفة باعتبار الإضافة** كدقيق البر والشعير والمقصود أيضاً مختلف فبعض الناس يرغب في بعضها دون بعض وقد يضره البعض وينفعه غيره والمعتبر في الاتحاد في المعنى الخاص دون العام، ولو اعتبر العام لما جاز بيع شيء بشيء أصلاً بخلاف لحم الجاموس والبقر أو لبنهما أو لحم المعز والضأن أو لبنهما أو لحم العراب والبخاتي حيث لا يجوز بيع أحدهما بالآخر متفاضلاً لأنهما جنس واحد حتى يضم أحدهما إلى الآخر في تكميل النصاب في الزكاة فكذا أجزاؤهما **ما لم يختلف المقصود كشعر المعز وصوف الضأن**، أو لم يتبدل بالصنعة **لأن بالتبدل تختلف المقاصد**، ولهذا جاز بيع الخبز بالحنطة متفاضلاً، وكذا بيع الزيت المطبوخ بغير المطبوخ **أو الدهن المربى بالبنفسج بغير المربى منه متفاضلاً وإنما جاز بيع لحم الطير**

نسيئة لأن الوزن جمعهما اهـ إتقاني نقلاً عن شرح الطحاوي اهـ **قوله: (ولبن البقر والغنم)** أي بعضها ببعض متفاضلاً نقداً لا نسيئة اهـ **قوله: (وخل الدقل)** بفتحتين اهـ وإنما خص خل الدقل وهو نوع من أردأ التمر إجراء للكلام مجرى العادة لأنهم اعتادوا اتخاذ الخل من الدقل وإلا فالحكم في كل تمر كذلك اهـ غاية. **قوله: (بخل العنب)** كيف كان ولا يجوز نسيئة لأن الوزن جمعهما اهـ **قوله: (وقال الشافعي رحمه الله: لا يجوز)** قال في الهداية: وعن الشافعي قال الإتقاني: قال في وجيزهم: وفي لحوم الحيوانات قولان أصحهما أنها مختلفة لتفاوت المعنى وإن اتحد الاسم اهـ **قوله: (لاتحاد الاسم والصورة والمقصود)** وهو التغذي والتقوّي اهـ إتقاني. **قوله: (وأسماؤها أيضاً مختلفة باعتبار الإضافة)** كقولك: لحم البقر ولحم الضأن ولحم الإبل ولحم الدجاج اهـ **قوله: (ما لم يختلف المقصود كشعر المعز وصوف الضأن)** فشعر المعز وصوف الضأن جنسان بخلاف لحمهما ولبنهما اهـ **قوله: (وإنما جعل الشعر والصوف جنسين)** وإن كان أصلهما وهو المعز والضأن جنساً واحداً لاختلاف المقاصد، ألا ترى أن أحدهما يصلح لما لا يصلح له الآخر ولهذا يتخذ من الصوف اللفافة واللبد ونحو ذلك ومن الشعر المسح والحبل الغليظ ونحو ذلك اهـ قال الإتقاني: وأما صوف الشاة مع شعر المعز جنسان مختلفان لأن منافعهما مختلفة ولو باع بعضها ببعض متفاضلاً يجوز، ولا يجوز نسيئة لأن الوزن يجمعهما اهـ **قوله: (لأنه بالتبدل تختلف المقاصد)** قال الكمال: ومن الاختلاف في الصفة ما قدمنا من جواز بيع إناءي صفر أو حديد أحدهما أثقل من الآخر وكذلك قمقمة بقمقمتين وإبرة بإبرتين وخودة بخودتين وسيف بسيفين ودواة بدواتين مالم يكن شيء من ذلك من أحد النقدين فيمتنع التفاضل وإن اصطلحوا بعد الصياغة على ترك الوزن والاقتصار على العدّ والصورة اهـ **قوله: (أو الدهن**

بعضه ببعض متفاضلاً وإن كان من جنس واحد ولم يتبدل بالصنعة لكونه غير موزون عادة فلم يكن مقدراً فلم توجد العلة، فحاصله أن الاختلاف باختلاف الأصل أو المقصود أو بتبدل الصنعة.

قال رحمه الله: (**وشحم البطن بالألية أو باللحم**) يعني: يجوز بيع بعضها ببعض متفاضلاً وإن كانت كلها من الضأن لأنها أجناس مختلفة لاختلاف الأسماء والصور والمقاصد.

قال رحمه الله: (**والخبز بالبر أو الدقيق متفاضلاً**) وعن أبي حنيفة أنه لا يجوز بيعه به أصلاً لأن بينهما شبهة المجانسة في الحال، ولا يعرف التساوي بينهما فصار كبيع المقلية بغير المقلية أو الدقيق بالحنطة والأول أصح لأن الخبز بالصنعة صار جنساً آخر، **حتى خرج من أن يكون مكيلاً** والبر والدقيق مكيل فلم يجمعهما القدر ولا

المربى بالبنفسج بغير المربى منه متفاضلاً) قال الكمال: واعلم أن المجانسة تكون باعتبار ما في الضمن فيمنع النسيئة، كما في المجانسة العينية وذلك كالزيت مع الزيتون والشيرج مع السمسم وتكون باعتبار ما أضيفت إليه فيختلف الجنس مع اتحاد الأصل حتى يجوز التفاضل بينهما كدهن البنفسج مع دهن الورد أصلهما واحد وهو الزيت أو الشيرج فصار جنسين باختلاف ما أضيف إليه من الورد والبنفسج نظراً إلى اختلاف المقصود والغرض ولم يبال باتحاد الأصل، وعلى هذا دهن الزهر في ديارنا ودهن البان أصلهما اللوز يطبق بالزهر والخلاف مدة ثم يعصر اللوز فيخرج منه دهن مختلف الرائحة فيجوز بيع أحد الدهنين بالآخر متفاضلاً، وعلى هذا قالوا: لو ضم إلى الأصل ما طيبه دون الآخر جاز متفاضلاً حتى أجازوا بيع قفيز سمسم مطيب بقفيزين غير مطيب، وعلى هذا يجوز بيع رطل لوز مطبق برطلي لوز غير مطبق، وكذا يجوز بيع دهن مطبق بزهر النارنج برطلي دهن اللوز الخالص، وكذا رطل زيت مطيب برطلين من زيت لم يطيب فجعلوا الرائحة فيها بإزاء الزيادة على الرطل اهـ **قوله**: (**وإنما جاز بيع لحم الطير بعضه ببعض إلخ**) قال الكمال: وإنما جاز بيع لحم الجنس الواحد من الطيور كالسمان مثلاً والعصافير متفاضلاً لأنه ليس بمال الربا إذ لا يوزن لحم الطير ولا يكال وينبغي أن يستثنى من لحوم الطير الدجاج والإوز لأنه يوزن عادة في ديار مصر لعظمه اهـ **قوله في المتن**: (**وشحم البطن بالإلية أو باللحم**) قال الإتقاني: نقلاً عن شرح الطحاوي ولو باع لحوم الشاة بشحومها أو بإليتها أو لحمها بصوفها يجوز ذلك كيفما كان، ولا يجوز نسيئة لأن الوزن يجمعهما اهـ قال الكمال: وأما الرؤوس والأكارع والجلود فيجوز يداً بيد كيفما كان لا نسيئة، لأنه لم يضبط بالوصف حتى إن السلم فيه لا يجوز اهـ **قوله في المتن**: (**والخبز بالبر أو الدقيق متفاضلاً**) أي نقداً لا نسيئة إلا إذا كانت الحنطة أو الدقيق نسيئة فإنه يجوز حينئذٍ اهـ **قوله**: (**حتى خرج من أن يكون مكيلاً**)

الجنس حتى جاز بيع أحدهما بالآخر نسيئةً إذا كانت الحنطة هي المتأخرة لإمكان ضبطها **وإن كان الخبز هو المتأخر** أو السلم فيه فلا يجوز عند أبي حنيفة لأنه يتفاوت بالطحن والعجن والنضج، وأما عندهما فقد ذكر في النهاية معزياً إلى المبسوط أنه لا يحفظ عنهما خلاف ذلك ومن أصحابنا من يقول: لا يجوز عندهما ومنهم من يقول: يجوز على قياس السلم باللحم وبه يفتى للتعامل وفي الكافي أن ابن رستم ذكر في نوادره أن على قول أبي حنيفة ومحمد: لا يصح السلم في الخبز وعلى قول أبي يوسف: يصح وزناً **ولا يجوز استقراضه وزناً ولا عدداً** عند أبي حنيفة لما ذكرنا في السلم بل أولى لأن باب السلم أوسع حتى جاز السلم في الثياب دون القرض وهو القياس وقال محمد: يجوز بالوزن/ والعدد جميعاً للتعامل وبه يترك القياس كالاستصناع، **وقال أبو يوسف: يجوز بالوزن دون العدد لأن آحاده تتفاوت** بالعد دون الوزن وعليه الفتوى. [١٥٨/ب/٢]

قال رحمه الله: (**لا بيع البر بالدقيق** أو بالسويق) يعني: لا يجوز بيع الحنطة بأحدهما لا متفاضلاً ولا متساوياً لأنه جنسه من وجه وإن اختص باسم آخر فيحرم لشبهة الربا لأن أحدهما بر **والآخر أجزاؤه** أو أحدهما دقيق والآخر أجزاؤه وهذا لأنه

أي وصار وزنياً أو عددياً اهـ غاية. قوله: وزنياً أي: عند أبي يوسف وقوله: أو عددياً عند محمد اهـ **قوله**: (**وإن كان الخبز هو المتأخر**) قال في الهداية: وإن كان الخبز نسيئة يجوز عند أبي يوسف رحمه الله وعليه الفتوى اهـ **قوله**: (**ولا يجوز استقراضه وزناً ولا عدداً**) قال في الاختيار: وعند محمد يجوز بهما وهو المختار لتعامل الناس به وحاجتهم إليه اهـ وقال ابن فرشتا وعليه الفتوى اهـ قال الإتقاني: وروي عن محمد أنه يجوز وزناً وعدداً. وقال: ثلاث من الدناءة استقراض الخبز وزناً والجلوس في دكان الحجام والنظر في مرآته اهـ ثم قال الإتقاني: بعد أوراق وعند محمد يجوز عدداً ووزناً كذا ذكر قول محمد: في شرح الطحاوي والمختلف والحصر[١] وخلاصة الفتاوى وذكر الولوالجي وصاحب الفتاوى الصغرى أنه يجوز عند محمد عدداً ولم يذكر الوزن، وإن كان لا يجوز السلم عنده لا وزناً ولا عدداً قال الولوالجي: وكان محمداً ترك القياس في جواز استقراضه عدداً لتعارف الناس كما ترك القياس بالعرف في جواز الاستصناع اهـ **قوله**: (**وقال أبو يوسف: يجوز بالوزن دون العدد لأن آحاده تتفاوت**) قال الكمال: ومحمد يقول: قد أهدر الجيران تفاوته وعنهم يكون اقتراضه غالباً والقياس يترك بالتعامل وجعل المتأخرون الفتوى على قول أبي يوسف: وأنا أرى أن قول محمد: أحسن اهـ **قوله**: **في المتن**: (**لا بيع البر بالدقيق**) أي لا يجوز بيع الحنطة بدقيق الحنطة ولا بسويقها اهـ إتقاني وقوله: ولا بسويقها أما بسويق الشعير فيجوز اهـ فتح.

---

(١) اسمه حصر المسائل في الفروع للإمام أبي الليث نصر بن محمد السمرقندي الحنفي الفقيه المتوفى سنة (٣٨٢هـ). انظر كشف الظنون (١/ ٦٦٨).

بالطحن لم يوجد إلا تفريق الأجزاء والمجتمع بالتفريق لا يصير جنساً آخر فبقيت شبهة المجانسة وثبوت الشبهة تكفي لثبوت حرمة الربا كما في دهن السمسم مع السمسم **غير أن المعيار فيهما الكيل، وهو غير مسولهما**، ألا ترى أن البر إذا طحن يزيد عليه وتلك الزيادة كانت موجودة في الحال وظهرت بالطحن بخلاف بيع دهن السمسم بالسمسم حيث يجوز لأن المعيار فيهما الوزن وهو مسوٍّ لهما فأمكن التساوي بينهما **ويجوز بيع الدقيق بالدقيق متساوياً ولا يجوز متفاضلاً** لاتحاد الاسم والصورة والمعنى وبه تثبت المجانسة من كل وجه ولا يعتبر احتمال التفاضل كما في البر بالبر

قوله: (والآخر أجزاؤه) عبارة الكافي وفي الآخر أجزاؤه اهـ **قوله: (غير أن المعيار فيهما الكيل وهو غير مسوٍّ لهما)** قال الكمال: فلا تتحقق المساواة بينهما كيلاً بل هو محتمل فصار بيع أحدهما بالآخر كيلاً كبيع الجزاف لذلك الاحتمال وحرمة الربا إنما كانت منتهية بالعلم بالمساواة إلا فيما لا اعتبار به مثل أن يتفق كبس في كيل هذه الحنطة لم يتفق قدره سواء في الحنطة الأخرى، فإذا لم يتحقق العلم بها صارت مؤبدة بالضرورة فلا يجوز وإن كان كيلاً بكيل مساوٍ، ثم قال الكمال: وقولنا: المعيار في الحنطة والدقيق الكيل لا يراد به إلا فيما إذا بيع بجنسه، أما بالدراهم فيجوز بيع الحنطة وزناً بالدراهم، وكذا الدقيق وغير ذلك اهـ **قوله: (ويجوز بيع الدقيق بالدقيق متساوياً ولا يجوز متفاضلاً)** قال في خلاصة الفتاوى سواء كان أحدهما أخشن أو أدق وكذا بيع النخالة بالنخالة وقال في شرح أبي نصر:يجوز بيع الدقيق بالدقيق إذا كانا على صفة واحدة من النعومة اهـ غاية. قال الإتقاني: وجملة هذه المسائل على ما قال في شرح الطحاوي على ثلاثة أوجه في وجه يجوز البيع إذا تساويا في الكيل، وفي وجه لا يجوز البيع تساويا في الكيل أو تفاضلا، وفي وجه اختلفوا فيه، أما الوجه الذي يجوز فيه البيع إذا تساويا في الكيل وهو أنهما إذا تبايعا حنطة بحنطة وهما عتيقتان أو حديثتان أو إحداهما عتيقة والأخرى حديثة، وكذلك إذا تبايعا حنطة مقلية بمقلية أو دقيق حنطة بدقيق حنطة أو سويق حنطة بسويق حنطة وتساويا في الكيل فإنه يجوز، وكذلك حكم الشعير بالشعير على هذا، وكذلك إذا تبايعا تمراً بتمر كلاهما عتيق أو كلاهما حديث أو أحدهما حديث والآخر عتيق وتساويا في الكيل فإنه يجوز بالإجماع وكذلك إذا تبايعا عنباً بعنب أو زبيباً بزبيب وكذلك حكم ما أشبه ذلك من المكيلات إذا بيع بجنسه، وأما الوجه الذي لا يجوز تساويا في الكيل أو تفاضلا فهو أنهما إذا تبايعا حنطة مقلية بغير مقلية أو باع الحنطة بالدقيق أو الحنطة بسويق الحنطة أو تمراً مطبوخاً بتمر غير مطبوخ أو حنطة مطبوخة بحنطة غير مطبوخة فلا يجوز تساويا أو تفاضلا، وأما الوجه الذي اختلفوا فيه فهو أنهما إذا تبايعا تمراً برطب أو رطباً ببسر أو عنباً بزبيب فتساويا في الكيل يجوز في قول أبي حنيفة: وعندهما لا يجوز تساويا أو تفاضلا وبيع الكفرى بالبسر أو الرطب أو التمر يجوز كيفما كان بالإجماع لأن الكفرى عددي اهـ مع حذف

وقال أبو بكر محمد بن الفضل: **إنما يجوز بيع الدقيق بالدقيق إذا كانا مكبوسين**، وإن كانا غير مكبوسين أو أحدهما لا يجوز، وإن باع الدقيق بالدقيق موازنة ففيه روايتان **ولا يجوز بيع الدقيق بالسويق** متفاضلاً ولا متساوياً عند أبي حنيفة **وقالا: يجوز كيفما كان لأنهما جنسان مختلفان لاختلاف الاسم** والمقصود، ألا ترى أن أحدهما يصلح لما لا يصلح له الآخر وهو آية الاختلاف غير أنه لا يجوز أن يباع أحدهما بالآخر نسيئة لأن القدر يجمعهما، ولأبي حنيفة أنهما جنس واحد من وجه لأنهما من أجزاء الحنطة، ولهذا لا يجوز أن يباعا بالحنطة لاتحاد الجنس وعدم المسوي، **وكذا لا يجوز بيع أصل أحدهما بأصل الآخر وهو المقلية** بغير المقلية لما ذكرنا، وكذا الجزءان لا يجوز بيع أحدهما بالآخر إذ الجزء لا يخالف الكل وبفوات بعض المقاصد لا يخرج من أن يكون جنساً له كأصل أحدهما مع أصل الآخر أو معهما على ما بينا **وكالبر العلك مع المسوس** حتى لا يجوز بيع أحدهما بالآخر إلا متساوياً ومجرد اختلاف الاسم لا يدل على اختلاف الجنس، ألا ترى أن بعض الإنسان يختص باسم كالشاب والشيخ والطفل ونحوه مع اتحاد الجنس **وبيع المقلية بالمقلية** والسويق بالسويق متساوياً جائز لاتحاد الجنس.

قال رحمه الله: (والزيتون بالزيت والسمسم بالشيرج حتى يكون الزيت والشيرج أكثر مما في الزيتون والسمسم) أي: لا يجوز البيع حتى يكون الدهن الخالص أكثر مما في الآخر ليكون قدره بمثله والزائد بالثجير لاتحاد الجنس بينهما معنى باعتبار ما في ضمنهما، وإن اختلاف صورة فيثبت بذلك شبهة المجانسة والربا يثبت بالشبهة فلو لم يكن الدهن الخالص أكثر من الذي في الآخر كان الثجير بلا

قوله: (إنما يجوز بيع الدقيق بالدقيق إذا كانا مكبوسين) قال الكمال: وهو حسن اهـ **قوله: (ولا يجوز بيع الدقيق بالسويق)** والمراد منه دقيق الحنطة بسويقها اهـ إتقاني. وأما دقيق الحنطة بسويق الشعير وعكسه فلا شك في جوازه اهـ كمال. **قوله: (وقالا: يجوز كيفما كان لأنهما جنسان)** أي: دقيق الحنطة وسويقها اهـ فتح. **قوله: (مختلفان)** أي: وإن رجعا إلى أصل واحد اهـ فتح. **قوله: (لاختلاف الاسم)** أي: والهيئة اهـ غاية. **قوله: (وكذا لا يجوز بيع أصل أحدهما بأصل الآخر وهو المقلية)** أي: فإن المقلية لا تصلح للزراعة ولا للهريسة ولا تطحن فيتخذ منها خبزاً اهـ فتح. **قوله: (وكالبر العلك مع المسوّس)** قال الإتقاني: والحنطة العلكة الجيدة قال ابن دريد: طعام علك متين المضغة والحنطة المسوّسة أي المدوّدة يقال: سوّس الطعام إذا دوّد من السوس وهو الدود وقال الكمال: العلكة أي الجيدة السالمة من السوس ومسوّسة بكسر الواو كأنها هي سوّست أي أدخلت السوس فيها اهـ **قوله: (وبيع المقلية بالمقلية)** قال الكمال: فأما بيع الحنطة المقلية بالمقلية فاختلفوا قيل: يجوز إذا تساويا

عوض يقابله فيحرم، ولو لم يعلم أن الخالص أكثر لا يجوز خلافاً لزفر هو قول: إن الأصل هو الجواز والفساد طارئ عند وجود الفضل الخالي عن العوض فلا يفسد ما لم يعلم ذلك قلنا: المتوهم في الربا كالمتحقق، ألا ترى إلى ما يروى عن جابر أنه ﷺ: «نهى عن بيع الصبرة من التمر لا يعلم كيلها بالكيل المسمى من التمر»[(١)] رواه مسلم والنسائي. وروي عنه ﷺ أنه «نهى عن الربا والريبة»[(٢)] وهي شبهة الربا، وقال ابن مسعود: كنا ندع تسعة أعشار الحلال مخافة الحرام وعلى ذلك كان السلف رضي الله عنهم ولا يقال: إن / السمسم مكيل والدهن موزون فكيف يحرم التفاضل [١٥٩/أ ٢/أ] بينهما لأنا نقول: المقصود منه دهنه وهو موزون والحرمة باعتباره، فإن قيل: على هذا ينبغي أن يجوز بيع السمسم بالسمسم متفاضلاً كيلاً على وجه الاعتبار بأن يصرف كل جنس إلى خلاف جنسه قلنا: ذلك يتأتى في المنفصل خلقة دون المتصل، وكذا بيع الجوز بدهنه واللبن بسمنه والتمر بنواه وكل شيء لثقلة قيمة إذا بيع بالخالص منه لا يجوز حتى يكون الخالص أكثر وإن لم يكن لثقله قيمة كتراب الذهب إذا بيع بالذهب أو تراب الفضة إذا بيع بالفضة لا يشترط أن يكون الذهب أو الفضة أكثر مما في التراب لأن التراب لا قيمة له فلا يجعل بإزائه شيء حتى لو جعل فسد لربا الفضل.

قال رحمه الله: (ويستقرض الخبز وزناً لا عدداً) وهذا عند أبي يوسف، وعند محمد يستقرض بهما وعند أبي حنيفة لا يستقرض بهما، وقد بيناه من قبل.

قال رحمه الله: (ولا ربا بين المولى وعبده) لأنه وما في يده ملكه فلا يتحقق الربا هذا إذا لم يكن علية دين مستغرق برقبته وما في يده، **وإن كان عليه دين لا يجوز** لأن ما في يده ليس بملك للمولى عند أبي حنيفة فصار كالمكاتب **وعندهما** تعلق به حق الغير فلا يعرى عن الشبهة، وفي المحيط في كتاب الصرف لا ربا بينهما وإن كان عليه دين لأن له أن يأخذ كسب عبده المدين بعوض يعد له استخلاصاً بغير شراء

كيلاً ذكره في الذخيرة وقيل: لا وعليه عوّل في المبسوط، ووجهه أن النار قد تأخذ في أحدهما أكثر من الآخر والأول أولى اهـ قال الإتقاني: يقال: حنطة مقلية من قلى يقلي ومقلوّة من قلا يقلو فهما إذن لغتان ذكرهما أهل اللغة كصاحب المجمل وغيره، فعلى هذا عدّ من طعن على أصحابنا في استعمالهم بالياء مخطئاً اهـ **قوله: (وإن كان عليه دين لا يجوز)** أي لا يجوز البيع متفاضلاً فيما فيه الربا إذا كان على العبد دين اهـ إتقاني. **قوله:**

---

(١) أخرجه مسلم في البيوع (١٥٣٠)، والنسائي في البيوع (٤٥٤٧).

(٢) تقدم تخريجه.

فجعل أخذاً بهذا الطريق إلا أنه إذا أخذ منه درهمين بدرهم يرد الدرهم الزائد على العبد، لأنه أخذه بغير عوض لا للربا حتى لوأخذ منه درهمين بدرهم لا يجب على العبد الردّ على المولى، بخلاف المكاتب لأن حق المولى لا يظهر في حق كسب المكاتب، والمتفاوضان لا ربا بينهما لأن الكل مالهما، وكذا شريكا العنان إذا تبايعا من مال الشركة وإن كان من غيره لم يجز.

قال رحمه الله: (وبين الحربي والمسلم ثمة) أي لا ربا بينهما في دار الحرب **وكذلك إذا تبايعا بيعاً فاسداً** في دار الحرب فهو جائز وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف والشافعي لا يجوز لأن المسلم التزم بالأمان أن لا يتملك أموالهم إلا بالعقد وهذا العقد وقع فاسداً فلا يفيد الملك الحلال فصار كما إذا وقع مع المستأمن منهم في دارنا، ولهما قوله ﷺ: «لا ربا بين المسلم والحربي في دار الحرب»(١) **ولأن مالهم مباح** وبعقد الأمان لم يصر معصوماً إلا أنه التزم أن لا يغدرهم ولا يتعرض لما في أيديهم بدون رضاهم فإذا أخذه برضاهم فقد أخذ مالاً مباحاً بلا غدر فيملكه بحكم الإباحة السابقة، إذ تأثير الأمان في تحصيل التراضي دون التملك فكان الملك في حق الحربي زائلاً بالتجارة كما رضي به، وفي حق المسلم ثابتاً لاستيلائه على مال مباح بخلاف المستأمن منهم في دارنا لأن ماله صار محظوراً بعقد الأمان ولو أسلم الحربي في دار الحرب ولم يهاجر إلينا فكذلك الحكم عند أبي حنيفة، لأن ماله غير معصوم عنده على ما عرف في موضعه.

باب الحقوق

قال رحمه الله: (**العلو لا يدخل بشراء بيت بكل حق** وبشراء منزل **إلا** بكل حق

(**وعندهما**) وإن كان المولى يملك ما في يده ولكن تعلق إلخ اهـ **قوله**: (**إلا أنه إذا أخذ**) أي السيد اهـ **قوله**: (**وكذلك إذا تبايعا بيعاً فاسداً**) المسلم الذي دخل دار الحرب بأمان إذا باع درهماً بدرهمين أو باع خمراً أو خنزيراً أو ميتة أو قامرهم وأخذ المال يحل عند أبي حنيفة ومحمد خلافاً لأبي يوسف اهـ غاية. **قوله**: (**ولأن مالهم مباح**) أي أهل الحرب اهـ

باب الحقوق

أي حقوق المبيع اهـ قال الكمال: محل هذا الباب عقيب كتاب البيوع قبل الخيار. قال الإتقاني: ولكن المصنف لما اتبع وضع الجامع الصغير المرتب وفيه وقع الوضع هكذا بعد ذكر مسائل البيوع وضع هكذا أيضاً اهـ **قوله في المتن**: (**العلو لا يدخل بشراء بيت بكل**

---

(١) ذكره الزيلعي في نصب الراية (٤ / ٤٤) وقال غريب.

هو له أو بمرافقه أو بكل قليل وكثير هو فيه أو منه ودخل بشراء دار كالكنيف) أي لا يدخل العلو بشراء بيت، **وإن قال**: بكل حق هو له ما لم ينص عليه، وبشراء منزل لا يدخل إلا أن يقول: بكل حق هو له أو بمرافقه أو بكل قليل وكثير هو فيه أو منه، وبشراء الدار يدخل العلو وإن لم يذكر شيئاً من ذلك كما يدخل الكنيف **لأن البيت اسم لمسقف واحد/ يصلح للبيتوتة** والعلو مثله **والشيء لا يكون تبعاً لمثله**، ولا يكون [١٥٩ب/٢] من حقوقه فلا يدخل بدون التنصيص عليه، والدار اسم لما أدير عليه الحدود من الحائط ويشتمل على بيوت ومنازل وصحن غير مسقف والعلو من أجزائه وتوابعه فيدخل فيه من غير ذكر، **والمنزل بين الدار والبيت**، لأنه اسم لما يشتمل على بيوت وصحن مسقف ومطبخ يسكنه الرجل بأهله مع ضرب قصور فيه فإنه لس فيه اصطبل فكان له شبه بهما فلشبهه بالدار يدخل تبعاً عند ذكر التوابع، ولشبهه بالبيت لا

حق إلخ) قال في الهداية: ومن اشترى منزلاً فوقه منزل فليس له الأعلى إلا أن يشتريه بكل حق له أو بمرافقه أو بكل قليل وكثير هو فيه أو منه، ومن اشترى بيتاً فوقه بيت بكل حق لم يكن له الأعلى، ومن اشترى داراً بحدودها فله العلو والكنيف اهـ قال الإتقاني: قال شمس الأئمة في شرح الجامع الصغير: المنزل فوق البيت ودون الدار والبيت اسم لمسقف واحد له دهليز والدار اسم لما يشتمل على الصحن والبيوت والصفة والمطبخ والاصطبل، والمنزل اسم لما يشتمل على بيوت ومطبخ وموضع قضاء الحاجة ولكن لا يكون فيه صحن إلى هنا لفظ شمس الأئمة رحمه اللّه، والجواب في ذلك أن العلو لا يدخل في شراء البيت وإن ذكر الحقوق إلا إذا ذكر اسم العلو صريحاً لأن البيت اسم لخاص لمسقف واحد يبات فيه، والعلو في ذلك مثل السفل والشيء يستتبع دونه لا مثله أو فوقه، والعلو يدخل في شراء المنزل إذا ذكر الحقوق أو المرافق أوكل قليل وكثير أو اسمه الخاص وإلا فلا وذلك لأن المنزل اسم لبيتين أو ثلاثة ينزل فيها ليلاً ونهاراً، والعلو في النزول كالسفل إلاأنه دونه في احتمال السكنى فكان أصلاً من وجه تابعاً من وجه فإن ذكره أو ذكر اسم التبع دخل وإلا فلا، وعلو الدار يدخل من غير نص باسمه الخاص ومن غير ذكرالحقوق لأن العلو من جملة ما أدير الحوائط اهـ **قوله**: **(إلا إلخ)** أي إلا بإحدى عبارات ثلاث اهـ **قوله**: **(وإن قال إلخ)** هذه إحدى العبارات الثلاث اهـ **قوله**: **(لأن البيت اسم لمسقف واحد يصلح للبيتوتة)** فمنهم من يقتصر على هذا ومنهم من يزيد له دهليز اهـ كمال. **قوله**: **(والشيء لا يكون تبعاً لمثله)** قال الكمال: أو ما هو دونه وأورد المستعير له أن يعير مالايختلف باختلاف المستعمل والمكاتب يكاتب عبده وأجيب بأن ذلك ليس بطريق الاستتباع بل لما ملك المستعير المنفعة كان له أن يملك ما ملك والمكاتب يعقد الكتابة لما صار أحق بمكاسبه كان له ذلك لأن كتابة عبده من اكتسابه اهـ **قوله**: **(والمنزل بين الدار والبيت)**

يدخل من غير ذكر توفيراً على الشبهين حظهما، وذكر في الكافي أن هذا الجواب على هذا التفصيل بناء على عرف أهل الكوفة، **وفي عرفنا يدخل العلو** في الكل سواء باع باسم البيت أو المنزل أو الدار، لأن كل منزل يسمى خانة سواء كان كبيراً أو صغيراً فكأنه يقول: يتناول العلو والسفل، والأحكام في مثل هذا تبنى على العرف فيعتبر في كل إقليم وفي كل عصر عرف أهله، **وإنما يدخل الكنيف** لأن الدار اسم لما أدير عليه الحائط والكنيف منه، فيدخل بذكر الدار من غير إفراده بالذكر كالعلو، ولو كان خارج الدار مبنياً على الظلة يدخل لأنه يعدّ من الدار عادة، **ويدخل بئر الماء والأشجار في صحنها والبستان فيها لما ذكرنا**، وإن كان البستان خارج الدار إن كان أكبر منها أو مثلها لا يدخل إلا بالشرط لأنه خارج عن حدودها، وإن كان أصغر منها يدخل لأنه يعد من الدار عرفاً فصار تبعاً لها.

قال رحمه اللّه: (**لا الظلة** إلا بكل حق) أي لا تدخل الظلة في بيع الدار إلا إذا قال: بكل حق أو نحو ذلك مما ذكرنا وهذا عند أبي حنيفة، وعندهما تدخل من غير ذكر شيء مما ذكرنا **إذا كان مفتحها في الدار لأنها من توابع الدار كالعلو والكنيف**، ولأبي حنيفة أنها خارجة عن الحدود مبنية على هواء الطريق فصار كالطريق، ولأنها تابعة للدار من حيث أن قرار أحد طرفيها عليها وليست بتابعة لها **من حيث أن قرار طرفها**

منزلة بين المنزلتين وهي الدورة الصغيرة فيها بيتان أو ثلاثة وهو يشتمل على مرافق السكنى ولكنه قاصر ليس فيه منزل الدواب ولا ما يجري مجرى ذلك اهـ إتقاني. **قوله:** (**وفي عرفنا يدخل العلو**) أي في الفصول كلها لأن في عرفنا الدار والمنزل والبيت كله واحد اهـ إتقاني. **قوله:** (**وإنما يدخل الكنيف إلخ**) قال في الهداية: وكما يدخل العلو في اسم الدار يدخل الكنيف لأنه من توابعه اهـ قال الكمال: الكنيف هو المستراح اهـ **قوله:** (**ويدخل بئر الماء والأشجار في صحنها والبستان فيها لما ذكرنا**) قال قاضيخان: ولو اشترى داراً فيها بستان دخل البستان في البيع صغيراً كان البستان أو كبيراً، وإن كان البستان خارجاً من الدار لا يدخل البستان في البيع، وإن كان له باب في الدار كذا قال أبو سليمان، وقال الفقيه أبو جعفر: إن كان البستان أصغر من الدار ومفتحها إلى الدار يدخل في بيع الدار، وإن كان البستان أكبر من الدار لايدخل في بيع الدار، والمسألة مرت في باب اليمين في الخروج والدخول اهـ **قوله في المتن:** (**لا الظلة إلخ**) والظلة هي الساباط الذي أحد طرفيه على الدار والطرف الآخر على دار أخرى أو على الاسطوانات في السكة ومفتحها في الدار المبيعة اهـ إتقاني وكمال. **قوله:** (**إذا كان مفتحها في الدار**) قال قاضيخان: وإن لم يكن مفتحها في الدار لاتدخل الظلة في بيع الدار في قولهم: إلا بذكر الظلة اهـ **قوله:** (**لأنها من توابع الدار كالعلو والكنيف**) ولهذا لو حلف لايدخل الدار فدخلها يحنث اهـ محيط. **قوله:**

الآخر على شيء آخر فصارت تابعة من وجه دون وجه فتدخل إن ذكر الحقوق ونحوه وإلا فلا عملاً بالشبهين.

قال رحمه الله: (**ولا يدخل الطريق والمسيل** والشرب **إلا بنحو كل حق** بخلاف الإجارة) أي لا تدخل هذه الأشياء في بيع الأرض أو المسكن **إلا بذكر كل حق أو نحوه بخلاف الإجارة، حيث تدخل فيها** من غير شرط، لأن هذه الأشياء تابعة من وجه

(**من حيث أن قرار طرفها الآخر على شيء آخر**) إما جدار الجار أو اسطوانات اهـ **قوله في المتن**: (**ولا يدخل الطريق والمسيل**) قال العيني: وهو موضع جري الماء من المطر وغيره، والشرب بكسر الشين وهو النصيب من الماء اهـ **قوله**: (**إلابنحو كل حق إلخ**) أو بمرافقه أو بكل قليل وكثير هو فيه أو منه اهـ **قوله**: (**إلا بذكر كل حق أو نحوه**) قال الكمال: فإن المقصود في الأصل منه ملك الرقبة لا الانتفاع بعينها عيناً بل إما لذلك أو ليتجر فيها أو يأخذ بعضها فلم يتعين فائدة للبيع فلا يلزم، ولهذا جاز بيع الجحش كما ولد وإن لم ينتفع به في الحال، وكذا الأرض السبخة ولا يصح إجارة ذلك، وفي الكافي: ولهذا لو استأجر علواً واستثنى الطريق فسدت الإجارة بخلاف ما لو اشترى علواً واستثنى الطريق يصح اهـ قال في الجامع الصغير: محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل يشتري البيت في الدار أو المنزل في الدار أو المسكن في الدار، قال: لا يكون له الطريق إلا أن يقول: بكل حق هو له أو مرافقه أو يقول: بكل قليل وكثير هو فيه أو منه فيكون له الطريق إلى هنا لفظ أصل الجامع الصغير، وذلك لأن الطريق خارج عن المحدود إلا أنه من التوابع فلا جرم لم يدخل من غير ذكر، وكذلك الشرب والمسيل وهذا بخلاف إجارة البيت أو المنزل أوالمسكن أو الأرض حيث يدخل الطريق والمسيل والشرب من غير ذكر، لأن المقصود من الإجارة هو الانتفاع ولا انتفاع بدون أن تدخل هذه الأشياء والبيع ليس كذلك لأن المقصود منه تملك الرقبة لا الانتفاع بعينها والانتفاع من ثمراته ولهذا يجوز بيع الجحش الصغير الذي لا ينتفع به في الحال، ويجوز بيع الأرض السبخة لعدم الانتفاع، قال الإمام فخر الدين قاضيخان: وإذا كان طريق الدار المبيعة أو مسيل مائها في دار أخرى لا يدخل من غير ذكر الحقوق لأنه ليس من هذه الدار، ولكنه من حقوق هذه الدار فلا يدخل بذكر الحقوق، وإن قال البائع: ليس للدار المبيعة طريق في دار أخرى فالمشتري لا يستحق الطريق بغير حجة ولكن له أن يرد بالعيب، وكذلك لو كانت جذوع دار أخرى على الدار المبيعة فإن كانت للبائع يؤمر برفعها، وإن كان لغيره كانت بمنزلة العيب وكذلك لو ظهر في الدار المبيعة طريق لدار أخرى أو مسيل ماء فإن كانت تلك الدار للبائع فلا طريق له في الدار المبيعة لأنه باعها من غير استثناء، وإن كانت لغير البائع كانت بمنزلة العيب اهـ قال الكمال رحمه الله: قوله: ومن اشترى بيتاً في دار أو منزلاً فيها أو مسكناً فيها لم يكن له الطريق في هذه الدار إلى ذلك المشتري إلا أن يشتريه بكل حق أو بمرافقه أو بكل قليل وكثير وكذلك الشرب

من حيث أنها تقصد للانتفاع بالمبيع دون عينها أصل من وجه من حيث أنه يتصور وجودها بدون المبيع فكانت تابعة للمبيع من وجه دون وجه، فلا تدخل في البيع إلا بذكر الحقوق والمرافق، وهذا لأنه قد يشتري للبيع فلا يلزم الشراء للانتفاع به، وقد يشتري الطريق بعدما اشترى المبيع بخلاف الإجارة لأنها تعقد للانتفاع لا غير، ولهذا لا تجوز الإجارة **فيما لا يمكن الانتفاع به**، ولو بطل الانتفاع بعد عقد الإجارة تبطل الإجارة، وكذا لو استثنى هذه الأشياء عن عقد الإجارة تبطل، إذ لا يمكن الانتفاع بالعين المستأجرة إلا بهذه الأشياء فوجب دخولها فيها تصحيحاً لها، ألا ترى أنه لو استأجر الطريق من صاحب العين لا يجوز فتعين الدخول فيها، ولا يدخل مسيل ماء الميزاب إذا كان في ملك خاص ولا مسقط الثلج فيه، وقدر الحمام يدخل لأنه مركب بالبناء، **ولو اشترى رحى** يدخل الحجر الأسفل لأنه مركب بالبناء، وكذا الأعلى استحساناً والآلات الملصقة بالبيت لأن الرحا اسم لبيت فيه حجر دوار والحجر الأعلى / هو الدوار. [١٦٠/أ ٢]

باب الاستحقاق

قال رحمه الله: (**البينة حجة متعدّية** لا الإقرار) لأن البينة لا تصير حجة إلا

والمسيل، لأنه خارج الحدود إلا أنه من التوابع فيدخل بذكر التوابع، وفي المحيط المراد الطريق الخاص في ملك إنسان فأما طريقها إلى سكة غير نافذة وإلى الطريق العام فيدخل، وكذا ما كان له من حق تسييل الماء أو إلقاء الثلج في ملك إنسان خاصة، وقال فخر الإسلام: وإذا كان طريق الدار المبيعة أو مسيل مائها في دار أخرى لا يدخل من غير ذكر الحقوق لأنه ليس من هذه الدار فلايدخل إلا بذكر الحقوق إلا أن تعليله بقوله: لأنه ليس من هذه الدار يقتضي أن الطريق الذي في هذه الدار يدخل وهو غير ما في الكتاب، فالحق أن كلاً منهما لا يدخل لأنه وإن كان في هذه الدار فلم يشتر جميع هذه الدار إنما اشترى شيئاً معيناً منها فلا يدخل ملك البائع أو ملك الأجنبي إلا بذكره اهـ **قوله**: (**بخلاف الإجارة حيث تدخل فيها**) أي هذه الأشياء إذا استأجر داراً أو أرضاً اهـ عيني. **قوله**: (**فيما لا يمكن الانتفاع به**) كالمهر والأرض السبخة اهـ **قوله**: (**ولو اشترى رحى**) وكذلك لو اشترى بيت الرحى بكل حق هو له أو بكل قليل وكثير هو فيه اهـ قاضيخان.

باب الاستحقاق

هو طلب الحق اهـ ع قال الإتقاني: ذكر هذا الباب عقيب باب الحقوق لظهور التناسب بينهما لفظاً ومعنى اهـ قال الكمال: حق هذا الباب أن يذكر بعد تمام أبواب البيع

بقضاء القاضي، وللقاضي ولاية عامة فينفذ قضاؤه في حق الكافة والإقرار حجة بنفسه لا يتوقف على القضاء، وللمقر ولاية على نفسه دون غيره فيقتصر عليه.

قال رحمه الله: (**والتناقض يمنع دعوى الملك لا الحرية والنسب** والطلاق) لأن القاضي لا يمكنه أن يحكم بالكلام المتناقض إذ أحدهما ليس بأولى من الآخر فسقطا، غير أن الحرية والطلاق والنسب مبناه على الخفاء فيعذر في التناقض، لأن النسب ينبني على العلوق والطلاق والحرية ينفرد بهما الزوج والمولى فيخفى عليهم.

لأنه ظهور عدم الصحة بعد التمام ظاهراً، ولكن لما ناسب الحقوق لفظاً ومعنى ذكر عقيبه اهـ **قوله في المتن: (البينة حجة متعدية إلخ)** قال العيني: وهذا أصل لفروع كثيرة منها ما أشار إليه بقوله: مبيعة إلخ ومنها أنه إذا اشترى عبداً ثم ظهر له مستحق بالبينة فإنه يرجع على البائع بالثمن لأنه يثبت بها الملك من الأصل فيتعدى إلى الكل، ولو أقر به المشتري لرجل أنه مستحق له لا يرجع بالثمن على البائع لأن إقراره قاصر عليه فيثبت به الملك في المقر به ضرورة صحة الخبر، وقد اندفعت الضرورة بإثباته فلا يظهر الاستحقاق في حقه بالرجوع بالثمن على البائع اهـ **قوله في المتن: (والتناقض يمنع دعوى الملك)** قال العيني: وهذا أيضاً أصل لفروع كثيرة وموضعها في كتاب الدعوى ومن صور ذلك ما ذكره في الفتاوى الظهيرية رجل ادعى على رجل مقداراً معلوماً بأنه دين له عليه وأنكر المدعى عليه ذلك ثم ادعى أن ذلك المقدار عنده من جهة الشركة فإنه لا تسمع دعواه لأنه متناقض في كلامه، ولو كان الأمر بالعكس تسمع لإمكان التوفيق لأن مال الشركة يجوز أن يكون ديناً بالجحود والدين لا يجوز أن يصير مال الشركة، ومنها ما ذكره فيها أيضاً رجل ادّعى على آخر أنه أخوه وادَّعى عليه النفقة فقال المدعى عليه: ليس هو بأخي ثم مات المدعي وخلف أموالاً كثيرة فجاء المدعى عليه فطلب ميراثه وقال: هو أخي لا يقبل منه ذلك ولا يقضى له بالميراث لأنه متناقض، ولو كان مكان دعوى الأخوة دعوى البنوّة أو الأبوة والمسألة بحالها يقبل ذلك منه ويقضى له بالميراث، ومنها ما ذكره فيها ادعى عيناً في يدي إنسان إنها لفلان وكلني بالخصومة فيها ثم ادّعى أنها له وأقام البينة على ذلك يصير متناقضاً فلا تقبل بينته، ولو ادعى أنها له ثم ادعى بعد ذلك أنه لفلان وكله بالخصومة فيه وأقام البينة على ذلك قبلت بينته ولا يصير متناقضاً اهـ **قوله في المتن: (والتناقض يمنع إلخ)** إنما يعفى التناقض في دعوى الإعتاق والتدبير من قبل العتيق، أما لو كان من قبل المولى بأن باع عبده ثم ادعى أنه كان أعتقه أو دبره قبل البيع فلا يعفى لأن الإنسان لا يخفى عليه فعله، ويأتي في باب دعوى النسب اهـ يحيى. **قوله: (لا الحرية والنسب)** أي لا يمنع التناقض دعوى الحرية قال العيني: كالمكاتب إذا أقام بينة على أن مولاه أعتقه قبل الكتابة فإنه تقبل بينته فالتناقض لا يمنع صحة الدعوى في العتق لأنه أمر يجري فيه الخفاء لأنه أمر ينفرد به المولى فربما لا يعلم العبد إعتاقه ثم يعلم بعد ذلك ولا يمنع أيضاً دعوى الطلاق، كالمرأة إذا اختلعت من

قال رحمه اللّه: (**مبيعة ولدت فاستحقت** ببينة تبعها ولدها **وإن أقرّ بها لرجل لا**) **والفرق أن البينة حجة مطلقة مبينة** كاسمها **فيثبت بها الملك من الأصل، ولهذا يرجع المشتري على البائع بالثمن** عند استحقاق المبيع بالبينة والإقرار حجة قاصرة يثبت به الملك في المقر به ضرورة صحة الخبر، وقد اندفعت الضرورة بإثباته بعد الانفصال

زوجها ثم أقامت بينة أنه كان طلقها ثلاثاً قبل الخلع فإنه تقبل بينتها ولها أن تسترد بدل الخلع، وإن كانت متناقضة لاستقلال الزوج بإيقاع الثلاث عليها من غير أن يكون لها علم بذلك، وقاس على هذا في الفتاوى الظهيرية مسألة وهي أن رجلاً اشترى داراً لابنه الصغير من نفسه وأشهد على ذلك شهوداً فكبر الابن ولم يعلم بما صنع الأب ثم إن الأب باع الدار من رجل وسلمها إليه ثم إن الابن استأجر الدار من المشتري ثم علم بما صنع الأب فادَّعى الدار على المشتري وقال: إن أبي اشترى هذه الدار لي من نفسه في صغري وهي ملكي وأقام بينة على ذلك فقال المدعى عليه: في دفع دعوى المدعي إنك متناقض في هذه الدعوى لأن استئجارك الدار مني اعتراف منك أن الدار ليست لك فدعواك الدار بعد ذلك يكون منك تناقضاً قال الصحيح أن هذا لا يصلح دفعاً لدعوى المدعي، وإن كان هذا تناقضاً لأن هذا التناقض لا يمنع صحة الدعوى لما فيه من الخفاء فإن الأب يستقل بالشراء للصغير ومن الصغير لنفسه والابن لا علم له بذلك، ثم قال: ألا ترى أن المرأة إذا اختلعت من زوجها إلى آخر ما ذكرناه ولا يمنع دعوى النسب كالرجل باع عبداً ولد عنده وباعه المشتري من آخر ثم ادَّعاه البائع الأول أنه ابنه تسمع دعواه ويبطل البيع الأول والثاني وذلك لأن النسب ينبي على العلوق فيخفى عليه فيعذر في التناقض اهـ ما قاله العيني رحمه اللّه تعالى. **قوله في المتن**: (**مبيعة ولدت فاستحقت**) هذا هو الثابت في نسخ المتن وفي خط الشارح مبيعة استحقت اهـ وقوله: ولدت أي في يد المشتري لا منه اهـ **قوله**: (**وإن أقر بها لرجل لا**) فلو أقام المشتري بينة بعد ذلك على إقرار البائع بأن العبد للمستحق يريد بذلك الرجوع بالثمن هل تقبل بينته ينظر في كلام الشارح عند قوله: ولو باع عبد غيره بغير أمره نقلاً عن الزيادات فليراجع اهـ **قوله**: (**والفرق أن البينة حجة مطلقة**) أي ثابتة في حق جميع الناس غير مقتصرة على المقضي عليه اهـ فتح. **قوله**: (**مبينة**) أي لما كان ثابتاً في نفس الأمر قبل الشهادة به اهـ فتح. **قوله**: (**فيثبت بها الملك من الأصل**) قال الكمال: فالولد كان متصلاً في الزمان الذي يستحب عليه إظهار البينة الملك فيكون له، أما الإقرار فحجة قاصرة على المقر حتى لا يتعدى إلى غيره لأنه لا ولاية له على غيره ولهذا لا يرجع المشتري على البائع بالثمن في الاستحقاق بالإقرار وإنما جعل حجة لضرورة تصحيح خبره، وذلك يحصل بإثباته في الحال والولد في الحال منفصل عنها والإقرار إنما هو بها فقط فلا يتعدى إليه، وهذا التوجيه يقتضي أنه لو ادعاه المقر له لا يكون له، وذكر التمرتاشي أنه إنما لم يكن للمقر له إذا لم يدعه فلو ادّعاه كان له لأن الظاهر أنه له اهـ ما قاله الكمال رحمه اللّه. **قوله**:

فلا يظهر الاستحقاق في حقه، ولهذا لا يرجع المشتري بالثمن على البائع عند استحقاق المبيع بالإقرار، ولأن المالك يقدر على إنشاء الملك للحال فيحمل إقراره به على ذلك بخلاف الشهود، فإنهم لا يقدرون على إثبات الملك بشهادتهم به للمستحق إن لم يكن مالكاً له قبل ذلك فيكون إظهاراً لملكه من الأصل فيستحقه بزوائده، **ثم قيل**: يدخل الولد في القضاء بالأم لأنه تبع لها فيكتفي به، وقيل: يشترط القضاء له بالولد وهو الأصح لأن محمداً رحمه اللّه قال: إذا قضى القاضي بالأصل ولم يعرف بالزوائد **لم تدخل الزوائد تحت الحكم** لأنه منفصل وقت القضاء، وذكر في النهاية أن الولد إنما لا يتبعها في الإقرار إذا لم يدعه المقر له، أما إذا ادّعاه كان له لأن الظاهر أنه له.

قال رحمه اللّه: (**وإن قال عبد لمشتر** اشترني **فأنا عبد فاشتراه فإذا هو حر** فإن كان البائع حاضراً **أو غائباً غيبة معروفة فلا شيء على العبد وإلا رجع** المشتري على العبد **والعبد على البائع** بخلاف الرهن) يعني إذا قال: ارتهني فإني عبد فارتهنه فإذا هو حر حيث لا يرجع المرتهن على العبد بحال سواء كان الراهن حاضراً أو غائباً، **وعن أبي يوسف**

(**ولهذا يرجع المشتري على البائع بالثمن**) وترجع الباعة بعضهم على بعض فيما إذا اشترى واحد من آخر واشترى من الآخر آخر وهكذا ثم ظهر الاستحقاق يقضي بالبينة، لأنه يثبت قضاء على الكل ولا تسمع دعوى أحدهم أنه ملكه لأن الكل صاروا مقضياً عليهم بالقضاء على المشتري الأخير كما لو ادعت على الأخير أنها حرة الأصل حيث يرجعون اهـ فتح. **قوله**: (**فلا يظهر الاستحقاق في حقه**) أي في حق الولد اهـ **قوله**: (**ثم قيل**) أي في صورة الاستحقاق اهـ قال الكمال: وإذا قلنا: إن الولد للمستحق بالبينة فقضى القاضي بالأم هل يدخل في القضاء فيصير هو مقضياً به اهـ **قوله**: (**لم تدخل الزوائد تحت الحكم**) وكذا لو كان الولد في يد رجل آخر غائب فالقضاء بالأم لا يكون قضاء بالولد اهـ إتقاني. قال الكمال: وكذلك إذا كانت الزوائد في يد غائب لم تدخل فحيث لم يدخل القضاء على الغائب في ضمن القضاء على الحاضر وهو أمر جائز عرف أنه يشترط القضاء بالولد بخصوصه اهـ **قوله في المتن**: (**وإن قال: عبد لمشتر**) أي لرجل يطلب شراء عبد اهـ **قوله**: (**فأنا عبد**) أي لفلان اهـ **قوله**: (**فاشتراه**) أي بناء على كلامه اهـ **قوله**: (**فإذا هو حر**) أي ببينة أقامها اهـ كمال. وقوله: فإذا هو حر قال الإتقاني: غير منون لأنها إذا المفاجأة معناه أن العبد وجد حر الأصل ببينة أقيمت عليه اهـ **قوله**: (**أو غائباً غيبة معروفة**) يعني يدرى أين هو اهـ **قوله**: (**فلا شيء على العبد**) أي لوجود من عليه الحق وهو البائع اهـ **قوله**: (**وإلا رجع**) أي وإن لم يدر البائع أين هو اهـ عيني. **قوله**: (**والعبد على البائع**) وإنما لا يرجع على العبد إذا كان المولى حاضراً للتمكن من الرجوع على القابض اهـ **قوله**: (**وعن أبي يوسف**) أي في غير ظاهر الرواية اهـ

أنه لا يرجع في الفصل الأول أيضاً **لأن ضمان الثمن بالمعاوضة** أو الكفالة ولم يوجد واحد منهما فصار كمسألة الرهن، وكما إذا قال: اشترني أو قال: أنا عبد ولم يزد على ذلك وهذا لأن ما يوجب الضمان **لا يختلف بين أن يكون حاضراً** أو غائباً كالرهن يحققه **أنه لم يوجد منه** إلا الإخبار كاذباً والأمر بالشراء، وذلك لا يوجب الضمان **كما إذا كان ذلك من الأجنبي ولهذا قلنا**: فيمن قال لغيره اسلك هذا الطريق فإنه آمن أو قال له كل هذا الطعام فإنه ليس بمسموم فكان بخلاف ذلك لا يجب عليه ضمان ما عطب بسبب ذلك لما قلنا، وجه الظاهر أن المقر بالعبودية ضمن سلامة نفسه أو سلامة الثمن للمشتري عند تعذر استيفائه من البائع، لأنه إنما أقدم على الشراء معتمداً على كلامه فصار بذلك بمنزلة الغرور من جهته، والغرور في المعارضة يجعل سبباً للضمان دفعاً للضرر عنه بقدر الإمكان لأن المعاوضات تقتضي سلامة / [١٦٠ب/٢] العوض فإذا ظهرت حرية الأصل وأهلية الضمان وتعذر الاستيفاء من جهة البائع يؤخذ هو بذلك كالمولى إذا قال لأهل السوق: هذا عبدي وقد أذنت له في التجارة فبايعوه فلحقه ديون ثم ظهر أنه حر أو استحق **رجعوا عليه بقيمته** بحكم الغرور دفعاً للضرر عن الغرماء فجعل المولى كأنه ضمن لهم سلامة المالية منه، والبيع عقد معاوضة فأمكن أن يجعل الأمر به ضماناً للسلامة **بخلاف الرهن لأنه ليس بمعاوضة** بل هو حبس من غير عوض يقابله ويصير بعاقبته استيفاء لعين حقه من غير أن يجعل مبادلة، ألا ترى أن الرهن يجوز في موضع لا تجوز فيه المبادلة كثمن الصرف ورأس مال السلم والمسلم فيه فلا يمكن أن يجعل الأمر به ضماناً للسلامة إذ هو في ضمن عقد المعاوضة، وبخلاف

قوله: (لأن ضمان الثمن بالمعاوضة) أي بالمبايعة اهـ **قوله: (أو قال: أنا عبد ولم يزد على ذلك)** فإنه لا يرجع بالثمن على العبد، كذا ذكره الإمام التمرتاشي في الجامع الصغير فالرجوع مقيد بقيدين قوله: اشترني وقوله: إني عبد اهـ **قوله: (لا يختلف بين أن يكون حاضراً)** أي المضمون بما عليه اهـ **قوله: (أنه لم يوجد منه)** أي من العبد اهـ **قوله: (كما إذا كان ذلك من الأجنبي)** بأن قال الأجنبي: اشتره فإنه عبد فظهر حراً لا يلزم الأجنبي شيء اهـ **قوله: (ولهذا قلنا)** أي لأجل أن الإخبار كاذباً لا يوجب الضمان اهـ **قوله: (رجعوا عليه بقيمته)** أي بقيمة العبد اهـ فتح. **قوله: (بخلاف الرهن لأنه ليس بمعاوضة)** أي فلم يقتض سلامة العوض اهـ إتقاني. قال الكمال: بخلاف الرهن فإنه ليس عقد معاوضة بل عقد وثيقة لاستيفاء عين حقه حتى جاز الرهن ببدل الصرف والمسلم فيه، فلو هلك يقع استيفاء للدين ولو كان معاوضة كان استبدالاً بالمسلم فيه قبل قبضه وهو حرام، وإذا لم يكن عقد معاوضة لا يجعل الأمر به ضماناً لأنه ليس تقديراً في عقد معاوضة، ولهذا قالوا: لو قال رجل لآخر وقد سأله عن أمن هذا الطريق فقال: اسلكه فإنه آمن فسلكه فنهب ماله لا يضمن، وكذا لو قال

المستشهد به من الأمر بالأكل والسلوك أو كان الأمر بذلك من الأجنبي لأنه ليس بعقد معاوضة وأمر الأجنبي لا يعبأ به ولا يلتفت إليه وبخلاف ما إذا قال: اشترني أو قال: أنا عبد ولم يزد عليه لأن الحر يشتري تخليصاً كالأسير وقد لا يجوز شراء العبد كالمكاتب فلم يوجد منه ما يدل على الضمان ثم إذا ضمن المقر بالعبودية يرجع بذلك **على البائع**، لأنه قضى ديناً عليه وهو مضطر فيه **فلا يكون متبرعاً** كمعير الرهن إذا قضى الدين لتخليص الرهن، فإن قيل: لا تتصوّر هذه المسألة على قول أبي حنيفة فإن الدعوى شرط عنده لقبول الشهادة بالحرية لكون العتق حق العبد **والتناقض فيه يمنع صحة الدعوى** فكيف تقبل بينته على الحرية بعد إقراره بالرق، قلنا: قد أجاب عنه بعض مشايخنا **بأن الوضع** في حرية الأصل **والدعوى فيها ليست بشرط عنده لتضمنها** تحريم الفرج، لأن الشهود يجب عليهم تعيين أمه في حرية الأصل فتحرم على المولى وحرمة الفرج حق الله تعالى، وفي حقوق الله تعالى الدعوى ليست بشرط كما في عتق الأمة فلا يكون التناقض مانعاً حق لو خلت حرية الأصل عن تحريم الفرج كولد المغرور تكون الدعوى فيه شرطاً، والتناقض مانع من صحتها من حيث أنه يعدم الدعوى، وعامتهم على أن دعوى العبد شرط عنده في الحرية الأصلية والطارئة لأنها حق العبد وهو الصحيح، لكن التناقض لا يمنع صحة الدعوى وقبول الشهادة فيهما لخفاء الحال عليه فيعفى التناقض فيه، أما الحرية الأصلية فلأن الصغير قد يجلب من دار الحرب ولا يعلم بحرية أبويه أو بحرية أحدهما بإسلامهما أو إسلام أحدهما فيها ويعتقد أنه رقيق فيقر بالرق ثم يتبين له الحال بعد ذلك فيدعي الحرية فيعذر في التناقض، وأما في العتق الطارئ فلأن المولى يستبد به ويخفى على العبد فيعذر في التناقض **كالمختلعة تقيم البينة أن زوجها طلقها ثلاثاً قبل الخلع وكالمكاتب إذا أقام بينة أن مولاه أعتقه قبل الكتابة**.

له: كل هذا الطعام فإنه ليس بمسموم فأكله فمات غير أنه يستحق عند الله عذاباً لا يطاق اهـ **قوله**: (**على البائع**) هو الصواب وفي خط الشارح على الآمر اهـ **قوله**: (**فلا يكون متبرعاً إلخ**) قال الكمال: بخلاف من أدى عن آخر ديناً أو حقاً عليه بغير أمره وليس مضطراً فيه فإنه لا يرجع به اهـ **قوله**: (**والتناقض فيه يمنع صحة الدعوى**) وقوله: أنا حر بعد قوله: أنا عبد تناقض لا محالة اهـ إتقاني. **قوله**: (**بأن الوضع**) أي وضع المسألة اهـ **قوله**: (**والدعوى فيها ليست بشرط عنده**) أي كقولهما في دعوى الحرية مطلقاً اهـ كمال. **قوله**: (**لتضمنها**) أي الدعوى اهـ **قوله**: (**كالمختلعة تقيم البينة أن زوجها طلقها ثلاثاً قبل الخلع**) يقبل ذلك منها لأن الزوج ينفرد بالطلاق فربما لا تعلم المرأة بذلك ثم تعلم اهـ غاية. وقوله: طلقها ثلاثاً إنما قيد بالثلاث لأن فيما دون الثلاث يمكن أن يقيم الزوج البينة أنه قد تزوّجها بعد الطلاق

قال رحمه اللّه (ومن ادّعى حقاً في دار) أي مجهولاً (فصولح على مائة **فاستحق بعضها لا يرجع بشيء**) لأن دعواه يجوز أن تكون فيما بقي وإن قل **فما دام في يده** شيء لا يرجع عليه بخلاف ما إذا استحق كلها لأنا تيقنا أنه أخذ عوض ما لا

الذي أثبتته المرأة ببينتها قبل يوم أو يومين، وأما في الثلاث فلا يمكن اهـ **قوله: (وكالمكاتب إذا أقام بينة أنّ مولاه أعتقه قبل الكتابة)** أي تقبل مع أن اتفاقهما على سؤال الخلع والكتابة إقرار بقيام العصمة والرق ولم يضرهما التناقض للخفاء فترجع المرأة والمكاتب ببدل الخلع ومال الكتابة، وذكر هنا مسألة الجامع الكبير وهي أصل في الاستحقاق وهي رجل اشترى من آخر ثوباً فقطعه قميصاً وخاطه وجاء مستحق قال: هذا القميص لي وأثبته بالبينة فالمشتري لا يرجع بالثمن على البائع لأن الاستحقاق ما ورد على ملك البائع، لأنه لو كان ملكه في الأصل انقطع بالقطع والخياطة كمن غصب ثوباً فقطعه وخاطه ينتقل ملك المغصوب منه الثوب إلى الضمان فالأصل أن الاستحقاق إذا ورد على ملك البائع الكائن من الأصل يرجع عليه، وإن ورد على المشتري بعدما صار إلى حال لو كان غصباً ملكه به لا يرجع على البائع، لأنه متيقن الكذب ولهذا لو اشتراها منذ شهرين فأقام رجل بينة أنها له منذ شهرين يقضى له بها ولا يرجع هو على بائعه وعرف أن المعنى أن يستحقه باسم القميص، ولو كان أقام البينة أنه له قبل هذه الصفة رجع المشتري بالثمن، وعلى هذا الجواب إذا اشترى حنطة فطحنها ثم استحق الدقيق، ولو قال: كانت قبل الطحن لي يرجع، وكذا إذا اشترى لحماً فشواه، ولو اشترى شاة فذبحها وسلخها فأقام البينة آخر أن الرأس والأطراف واللحم والجلد له فقضى بها يرجع المشتري على بائعه، لأن هذا استحقاق عين الشاة اهـ كمال. قال الناطفي في كتاب الأجناس: رجل باع غلاماً وهو ساكت ثم قال بعد البيع مع علمه بالبيع: أنا حر لايقبل قوله وهو عبد ذكره في إقرار الأصل، وقد زاد في مختصر الطحاوي وقيل له: بعد البيع قم مع مولاك فقام فذاك إقرار منه بالرق، إلى هنا لفظ الأجناس في البيوع اهـ إتقاني رحمه اللّه. رجل اشترى جارية وباعها من غيره فتداولتها الأيدي فادعت عند المشتري الرابع أنها حرة فردها الرابع على الثالث بقولها والثالث على الثاني وأبى البائع الأول أن يقبلها قالوا: إن كانت الجارية ادعت العتق فله أن لا يقبل من الجارية قولها، وإن ادعت أنها حرة الأصل وقد انقادت للبيع والتسليم بأن بيعت وسلمت للمشتري وهي ساكتة فللبائع أيضاً أن لايقبلها لأن انقيادها على هذا الوجه بمنزلة الإقرار بالرق، ولو أقرت بالرق ثم ادعت العتق لا يقبل قولها إلا ببينة، وإن أنكرت البيع والتسليم ليس للبائع أن لا يقبل لأنه إذا لم تقر بالرق كان القول قولها في الحرية وكان للمشتري أن يرجع على البائع بالثمن كما ثبتت الحرية بالبينة، وقال بعضهم: إذا ادعت الحرية لم يكن له أن يردها على البائع بقولها لكن ينبغي له أن يتزوّجها احتياطاً حتى يحل له وطؤها إما بملك اليمين إن كانت أمة أو بملك النكاح إن كانت حرة، وكذا كل من

يملك فيردّ ودلت المسألة على أن الصلح **على معلوم عن مجهول** جائز لأنه لا يفضي إلى المنازعة والمنع باعتباره فإذا خلا عنه جاز، وقد ذكرناه في الإبراء عن كل عيب وذكرنا / الخلاف فيه، ودلت أيضاً على أن صحة الدعوى ليست بشرط لصحة الصلح [١٦١/أ/٢] لأن دعوى الحق في الدار غير صحيحة لجهالة المدعي **حتى لو أقام البينة على هذه الصورة** لا تقبل بينته إلا إذا ادّعى إقرار المدعى عليه بذلك فحينئذٍ تقبل بينته لأن الإقرار بالمجهول صحيح بخلاف البينة، وقال بعض المشايخ: لا يصح الصلح إلا في دعوى الإقرار أو دعوى المقدر من الدار لأنه معاوضة أو لافتداء اليمين والمعاوضة لا تجوز في المجهول وكذا اليمين لأنها لا تتوجه إلا بعد صحة الدعوى، قلنا: قد تكون لدفع الشغب والخصومة وذلك يحصل به، وهذا إذا لم يقدر الحق بشيء وإن قدره بجزء معلوم بربع مثلاً أو نصف لايرجع عليه ما دام في يده ذلك القدر، وإن بقي أقل منه رجع عليه بحساب ما استحق منه.

قال رحمه اللّه: (**ولو ادّعى كلها رجع عليه** بقسطه) لأن الصلح على مائة وقع عن كل الدار فإذا استحق منها شيء تبين أن المدعي لا يملك ذلك القدر فيرد بحسابه من العوض.

قال رحمه اللّه: (**ومن باع ملك** غيره **فللمالك أن يفسخه ويجيزه** إن بقي العاقدان

اشترى جارية ينبغي له أن يتزوّجها احتياطاً اهـ قاضيخان رحمه اللّه. **قوله**: (**واستحق بعضها**) أي بعض الدار اهـ ع. **قوله**: (**لا يرجع بشيء**) أي لا يرجع المدعى عليه على المدعي اهـ **قوله**: (**فما دام في يده**) أي في يد المدعى عليه اهـ **قوله**: (**على معلوم عن مجهول**) هذا هو الصواب والذي بخط الشارح عن معلوم على مجهول اهـ **قوله**: (**حتى لو أقام البينة على هذه الصورة**) أي فيما إذا ادعى حقاً مجهولاً في دار اهـ **قوله في المتن**: (**ولو ادعى كلها رجع عليها**) عليه ثابت في خط الشارح وليس بثابت في المتون اهـ **قوله في المتن**: (**ومن باع ملك إلخ**) في بعض نسخ المتن هنا فصل ووقع ذلك للعيني رحمه اللّه وترجم له ببيع الفضولي اهـ قال الكمال رحمه اللّه: مناسبة هذ الفصل مع الاستحقاق ظاهرة لأن دعوى الاستحقاق تتضمن دعوى الفضولي على أحسن الوجوه، لأنه يتضمن إما دعواه أن بائعك باع ملكي بغير إذني لغصبه أو فضوله وأحسن المخارج الملتمسة فيه فضوله والفضول جمع فضل غلب في الاشتغال بما لا يعنيه وما لا ولاية له فيه فقول بعض الجهلة لمن يأمر بالمعروف أنت فضولي يخشى عليه الكفر اهـ قال الإتقاني: مناسبة هذا الفصل بباب الاستحقاق ظاهرة جداً فإن المال في الصورتين جميعاً في يد صاحب اليد بلا إذن المالك ثم ترجمة الفصل ببيع الفضولي لكونه أبين أحسن من ترجمته بباب بيع عبد الغير كما وقع في الجامع الصغير المرتب ثم الفضولي بضم الفاء، وفتح الفاء خطأ وهي نسبة

والمعقود عليه وله وبه لو عرضاً) أي للمالك أن يجيز العقد **بشرط أن يبقى المتعاقدان** [والمعقود عليه][١] **والمعقود له** وهو المالك بحالهم، **والأصل فيه أن كل تصرف صدر من الفضولي وله مجيز** حال وقوعه انعقد موقوفاً على الإجازة عندنا، **وإن لم يكن له مجيز حالة العقد** لا يتوقف ويقع باطلاً والشراء لا يتوقف على الإجازة إذا وجد نفاذاً على العاقد، وإن لم يجد نفاذاً يتوقف كشراء العبد والصغير المحجور عليهما، **وعند الشافعي لا تنعقد تصرفات الفضولي** أصلاً ولا تجوز بإجازة المالك لأنها وقعت باطلة لخلوها عن ولاية شرعية، إذ هي بالملك أو بتوكيل المالك ولم يوجد واحد منهما فتلغو، لأن التصرفات الشرعية تتوقف على الولاية كما تتوقف على الأهلية والمحلية، ولنا حديث عروة بن أبي الجعد البارقي أن النبي ﷺ: «أعطاه ديناراً ليشتري له به شاة فاشترى له به شاتين فباع إحداهما بدينار فجاء بدينار وشاة فدعا له بالبركة في بيعه فكان لو اشترى التراب لربح فيه»[٢] رواه البخاري وأحمد وأبو داود، وحديث حبيب بن أبي ثابت عن حكيم بن حزام «أن النبي ﷺ بعثه ليشتري له أضحية بدينار فاشترى أضحية فأربح فيها ديناراً فاشترى أخرى مكانها فجاء بالأضحية والدينار إلى رسول الله ﷺ **فقال**: ضح بالشاة وتصدّق بالدينار»[٣] رواه الترمذي، وهذا رسول

لفضول جمع الفضل بمعنى الزيادة، وقد غلب جمعه على ما لا خير فيه حتى قيل:

فضول بلا فضل وسنّ بلاسنا   وطول بلا طول وعرض بلا عرض[٤]

اهـ كذا في المغرب ويسمى من يشتغل بما لا يعنيه فضولياً، وفي اصطلاح الفقهاء هو من يتصرف في حق الغير بلا إذن شرعي كالأجنبي يزوّج أو يبيع ولم يرد في النسبة إلى الواحد وإن كان هو القياس لأنه صار بالغلبة كالعلم لهذا المعنى فصار كالأنصاري والأعرابي اهـ **قوله في المتن: (فللمالك أن يفسخه ويجيزه)** وهو قول مالك وأحمد اهـ كمال. **قوله: (بشرط أن يبقى المتعاقدان)** وهما البائع الفضولي والمشتري منه اهـ ع. **قوله: (والمعقود له)** أي والمعقود به لو عرضا اهـ متن والمعقود به هوالثمن اهـ **قوله: (والأصل فيه أن كل تصرف صدر من الفضولي وله مجيز إلخ)** قال الإتقاني: اعلم أن كل عقد له مجيز حال وقوعه كالبيع والإجارة ونحوهما ينعقد من الفضولي ويتوقف نفاذه على إجازة المالك فإن أجازه ثبت مستنداً إلى وقت العقد وإلا يبطل التصرف اهـ **قوله: (وإن لم يكن له مجيز حالة العقد)** محل تأمّل تأمّل تدر اهـ **قوله: (وعند الشافعي لا تنعقد تصرفات الفضولي)** قال في الهداية: وقال

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من المطبوع.

(٢) أخرجه البخاري في المناقب (٣٦٤٣)، والترمذي في البيوع (١٢٥٨)، وأبو داود في البيوع (٣٣٨٤)، وابن ماجة في الأحكام (٢٤٠٢)، وأحمد في مسنده [illegible].

(٣) أخرجه الترمذي في البيوع (١٢٥٧)، [illegible].

(٤) [illegible]

اللّه ﷺ أجاز بيعه ولو كان باطلاً لردّه وأنكر عليه، ولأن ركن التصرف صدر من أهله مضافاً إلى محله ولا ضرر في انعقاده موقوفاً فينعقد، **وهذا لأن الأهلية بالعقل والتمييز والمحلية** بكون المال متقوّماً وقد وجدا وليس فيه ضرر على المالك لأنه مخير، فإذا رأى المصلحة فيه نفذه، وإلا فسخه بل له فيه منفعة حيث يسقط عنه مؤنة طلب المشتري **وقرار الثمن وسقوط** رجوع حقوق العقد إليه، **وفيه نفع للمتعاقدين** لصون كلامهما عن الإلغاء فتثبت القدرة الشرعية إحرازاً لهذه المنافع على أن الإذن ثابت دلالة، لأن كل عاقل يرضى بتصرف يحصل له به النفع، إذ لا يوجد مثل هذا التصرف النافع في حال غيبته عادة إلا من صديق متفضل نصوح يرى لأخيه مثل ما يرى

الشافعي: لا ينعقد لأنه لم يصدر عن ولاية شرعية لأنها بالملك أو بإذن المالك وقد فقدا ولا انعقاد إلا بالقدرة الشرعية، ولنا أنه تصرف تمليك وقد صدر من أهله في محله فوجب القول بانعقاده، إذ لا ضرر فيه للمالك مع تخير قال الكمال: وقول المصنف: تصرف تمليك من إضافة العام إلى الخاص كحركة الإعراب والإضافة في مثله بيانية أي تصرف هو تمليك وحركة هي إعراب، ولا حاجة إلى هذا القيد هنا لأن تصرفات الفضولي تتوقف عندنا إذا صدرت والمتصرف مجيز أي من يقدر على الإجازة سواء كان تمليكاً كالبيع والإجارة والهبة والتزويج والتزوّج أو إسقاطاً حتى لو طلق الرجل امرأة غيره أو أعتق عبده فأجاز طلقت وانعتق وكذا سائر الإسقاطات للديون وغيرها، فكان الأحسن أن يقول: تصرف شرعي اهـ وقوله: ولا انعقاد إلا بالقدرة الشرعية، قال الكمال: وقولك: ولا انعقاد إلا بالقدرة الشرعية إن أردت لا انعقاد على وجه البيان سلمناه ولا يضر، وإن أردت لا انعقاد على وجه التوقف إلى أن يرى المالك مصلحته في الإجازة فيجيز فعله أو عدمها فيبطله ممنوع ولا دليل عليه بل الدليل دل على ثبوته، وهو تحقق الحاجة والمصلحة لكل من العاقد والمالك والمشتري من غير ضرر ولا مانع شرعي فيدخل ثبوته في العمومات اهـ **قوله: (فقال)** أي ﷺ بارك اللّه في صفقتك اهـ كمال. **قوله: (وهذا لأن الأهلية بالعقل والتمييز والمحلية إلخ)** قال الإتقاني: لأن محل البيع بكونه مالاًمتقوّماً لا بكونه مملوكاً للبائع لأنه يصح بيع الوصي والوكيل مع أنه ليس بمملوك له فعلم أن محل البيع هو المال المتقوم لا المال المملوك، وقد وجد ولأنه عقد له مجيز حال وقوعه فوجب أن يصح كما لو أوصى بجميع ماله أو أوصى لوارثه ثم أجازت الورثة بعد موته اهـ **قوله: (وقرار الثمن)** أي ونفاق سلعته وراحته فيها ووصوله إلى البدل المطلوب له المحبوب والمشتري [illegible] إلى حاجة نفسه ودفعها بالمبيع وارتفاع ألم فقدها إذا كان مهماً له اهـ كمال. قوله: (وسقوط [illegible]
[illegible] إسقاطه اهـ كمال. قوله: (وفيه نفع للمتعاقدين) [illegible]
[illegible]

لنفسه، فإن قيل: المقصود بوضع الأسباب الشرعية أحكامها لا مجرد السبب فإذا لم تفد الحكم لا تعتبر وحكمها / وهو التمليك لا يتصوّر من غير مالك فيلغو، **قلنا: لا نسلم أنه لا يفيد الملك** بل يفيد ملكاً موقوفاً لأنه اللائق بالسبب الموقوف كما يفيد السبب البات الملك [البات][1] لأنه هو اللائق به، ولهذا لو أعتق المشتري ثم أجاز المالك البيع نفذ عتقه، **ولأن السبب إنما يلغو** إذا خلا حكمه عنه شرعاً، وأما إذا تأخر فلا لأن العلة فد يتأخر حكمها العارض كالبيع الذي فيه الخيار للمتعاقدين أو لأحدهما، وكالراهنين إذا تبايعا رهناً برهن بغير إذن المرتهنين انعقد وتوقف الحكم لحق المرتهنين، وكذا الطلاق المضاف إلى شهر يثبت للحال ويتأخر حكمه وكذا شهر رمضان سبب لوجوب الصوم، ويتأخر الوجوب في حق المسافر والمريض **ولا يلزم على هذا إعتاق الصبي وطلاقه** وهبته وبيعه بالغبن الفاحش حيث لا تجوز لو أجازها الولي أو هو بنفسه بعد بلوغه، لأن هذه العقود لا مجيز لها حال وقوعها لتمحضها ضرراً عليه، ألا ترى أن الولي لا يملك إنشاءها فبطلت فبعد ذلك لا تعود صحيحة حتى لو باشر الصبي عقداً يملكه عليه الولي كالنكاح والإجارة والبيع من

[١٦١ ب/٢]

حصول الرفق لأخيه المسلم اهـ كمال. **قوله: (قلنا: لا نسلم أنه لايفيد الملك إلخ)** قال الكمال قلنا: لا يلزم من عدم ترتبه في الحال عدمه مطلقاً بل هو مرجو فلايلزم عدمه وكون متعلق العقد مرجواً كاف في صحة التصرف وعن هذا صح تعليق الطلاق والعتاق بالشرط وإلا فلا وقوع في الحال ولا يقطع بوقوعه، فكان ينبغي أن يلغى، لكن لما كان بحيث يرجى صح وانعقد سبباً في الحال مضافاً أو عند الشرط كقولنا هذا اهـ **قوله: (ولأن السبب إنما يلغو إلخ)** إذا أجيز بيع الفضولي يستحق المشتري الزوائد المنفصلة والمتصلة بخلاف ما إذا أدى الغاصب الضمان حيث يملك المتصلة لا المنفصلة اهـ كمال. **قوله: (ولا يلزم هذا إعتاق الصبي وطلاقه إلخ)** قال للكمال: وعدم توقف طلاق الصبي ولو بمال لحق الشرع فإنه أنزله كالمجنون فيما نحن فيه وإن كان أهلاً إذ صح توكيله بذلك عن غيره، وطلاق المرأة ضرر ظاهر فإن عقد النكاح شرع للتراحم والتعاون وانتظام المصالح فلذا لم يتوقف ذلك منه لا على إجازة وليه ولا على إجازته بعد البلوغ بخلاف ما إذا اشترى أو تزوّج أو زوّج أمته، فإن هذه التصرفات تتوقف منه على إجازة وليه وإجازته بعد البلوغ اهـ (فرع) قال في الجامع الصغير: إذا بيع متاع إنسان بين يديه وهو ينظر لايصح لأن سكوته يحتمل الرضا ويحتمل السخط، وقال ابن أبي ليلى: سكوته يكون إجازة قاله الزيلعي في مسائل آخر الكتاب عند قوله: باع عقاراً إلخ اهـ (فرع) رجل باع جارية بغير إذن المولى وزوّجها رجل آخر بغير إذن المولى وأعتقها فضولي فأخبر المولى قال: أجزت جميع ذلك قال

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من المطبوع.

غير غبن توقف حتى لو أجازه الولي أو هو بعد بلوغه جاز، فإن قيل: نهى رسول الله ﷺ عن بيع ما ليس عند الإنسان، أي لا يملكه كما نهى عن بيع المبيع قبل القبض وعن بيع الآبق، ثم إذا باع المبيع قبل القبض أو الآبق لا يجوز للنهي الوارد فيه، فكذا هذا بل أولى لأن الآبق والمبيع ملكه وهو مع هذا لايجوز بيعه فعند عدم الملك أولى قلنا: كلامنا في انعقاد العقد وبيع المبيع قبل القبض ينعقد عندنا، وإن كان فاسداً وكذا الآبق في رواية حتى لو سلمه بعد ذلك صح فلا يلزمنا، والمراد بما روي أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان أن يبيع شيئاً لا يملكه ثم يشتريه ويسلمه بدليل قصة الحديث فإن حكيم بن حزام قال: يا رسول الله إن الرجل ليأتيني فيطلب مني سلعة ليست عندي فأبيعها منه ثم أدخل السوق فأشتريها فأسلمها إليه فقال ﷺ: «لا تبع ما ليس عندك»[1] رواه أبو داود وأحمد **وإنما شرط لصحة الإجازة بقاء المتعاقدين والمعقود له** والمعقود عليه، لأن الإجازة تصرف في العقد فلا بدّ من قيامه وذلك بقيام هذه الأشياء **ولا يشترط بقاء الثمن إلا إذا كان عرضاً**، لأن العرض يتعين بالتعيين فصار كالمبيع فيشترط بقاؤه، وإذا أجازه المالك كان الثمن مملوكاً له أمانة في يد الفضولي بمنزلة الوكيل حتى لا يضمن بالهلاك في يده سواء هلك بعد الإجازة أو قبله **لأن الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة، وللفضولي أن**

الشيخ المولى أبو بكر محمد بن الفضل رحمه الله: نفذ العتق ويبطل ما سواه ذكره قاضيخان في البيع الفاسد اهـ **قوله**: (**وإنما شرط لصحة الإجازة بقاء المتعاقدين والمعقود له إلخ**) قال الكمال: وفي الإيضاح عقد الفضولي في حق وصف الجواز موقوف على الإجازة فأخذت الإجازة حكم الإنشاء، ولا بد في الإنشاء من قيام الأربعة وبالتفصيل شرط بقاء المعقود عليه لأن الملك لم ينتقل فيه وإنما ينتقل بعد الإجازة ولا يمكن أن ينتقل بعد الهلاك والمشتري ليلزمه الثمن وبعد الموت لا يلزمه ما لم يكن لزمه حال أهليته، والبائع لأنه تلزمه حقوق العقد بالإجازة ولا تلزم إلا حياً والمالك لأن الإجازة تكون منه لا من وارثه اهـ **قوله**: (**ولا يشترط بقاء الثمن إلا إذا كان عرضاً**) فحينئذ يشترط بقاء خمسة الأربعة السابقة والخامس قيام العرض اهـ **قوله**: (**لأن الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة**) أي من حيث أنه صار بها تصرفه نافذاً، وإن لم يكن من كل وجه فإن المشتري من المشتري من الفضولي إذا أجاز المالك لا ينفذ بل يبطل بخلاف الوكيل وهذا بسبب أن الملك البات إذا طرأ على الموقوف وهو ملك المشتري من الفضولي يبطل الموقوف ولهذا لو تزوّجت أمة وطئها مولاها بغير إذنه فمات قبل الإجازة توقف النكاح على إجازة الوارث لأنه لم يطرأ ملك بات للوارث في البضع فيبطل وهذا يوجب تقييد الوارث بكونه من الولاد بخلاف نحو ابن العم

---

(١) تقدم تخريجه.

يفسخ قبل الإجازة دفعاً للحوق الضرر عن نفسه **بخلاف الفضولي في النكاح** لأنه معبر محض فلا ترجع الحقوق إليه، وكذا لا يشترط في النكاح بقاء العاقد الفضولي عند الإجازة حتى لو أجازه بعدما هلك العاقد جاز، وهذا الذي ذكرنا من أن الثمن يكون للمالك فيما إذا كان ديناً، وإن كان عرضاً معيناً كان الثمن العرض للفضولي ملكاً له، **وإجازة المالك** إجازة نقد لا إجازة عقد لأنه لما كان العرض متعيناً كان شراء من وجه،

اهـ كمال رحمه اللّه تعالى. **قوله**: (**وللفضولي أن يفسخ**) قال الكمال: وللفضولي أي في البيع أن يفسخ قبل إجازة المالك حتى لو أجازه لاينفذ لزوال العقد الموقوف، وإنما كان له ذلك ليدفع الحقوق عن نفسه فإنه بعد الإجازة يصير كالوكيل فترجع حقوق العقد إليه فيطالب بالتسليم ويخاصم في العيب، وفي ذلك ضرر به فله دفعه عن نفسه قبل ثبوته عليه اهـ وقوله: وللفضولي أن يفسخ إلخ وكذا للمشتري منه أن يفسخ قبل الإجازة اهـ مبسوط بمعناه اهـ **قوله**: (**بخلاف الفضولي في النكاح**) قال الكمال رحمه اللّه: بخلاف الفضولي في النكاح ليس له أن يفسخ بالقول ولا بالفعل لأنه معبر محض أي كناقل عبارة فبالإجازة تنتقل العبارة إلى المالك فتصير الحقوق منوطة به لا بالفضولي فلا يلزمه بالإجازة ضرر تعلق الحقوق وقد ثبت للمالك والولي حق أن يجيز، وكذا بالفعل كان زوّج امرأة برضاها من غائب فقبل أن يجيز زوّجه أختها توقف العقد الثاني أيضاً بخلاف ما لو وكله بعد عقده فضولاً أن يزوجه امرأة فزوّجه أختها فإن العقد الأول يبطل لطروّ البات على الموقوف اهـ وقال الإتقاني: وفي باب النكاح لو أن فضولياً خطب امرأة لرجل بغير أمره فزوّجت المرأة نفسها من ذلك الرجل فإن النكاح موقوف على إجازته فإن فسخ هذا الفضولي النكاح قبل الإجازة ففسخه باطل لأن حقوق العقد لا تنصرف إليه وهو فيه معبر فإذا عبر فقد انتهى فصار هو بمنزلة الأجنبي، ولو فسخت المرأة النكاح قبل الإجازة انفسخ اهـ **قوله**: (**وإجازة المالك إلخ**) أي الإجازة من المالك فيما إذا كان الثمن عرضاً إجازة نقد أي إجازة أن ينقد الفضولي ثمن العرض من مال المالك لا إجازة عقد موقوف لأن العقد لازم على الفضولي نافذ عليه لكونه شراء فلا يحتاج إلى إجازة العقد قاله الإتقاني، وقال الكمال: فإن كان أي الثمن عيناً بأن باع الفضولي ملك غيره بعرض معين بيع مقايضة اشتراه قيام الأربعة المذكورة وخامس وهو ذلك الثمن العرض، وإذا أجاز مالك المبيع والثمن عرض فالفضولي يكون ببيع مال الغير مشرياً للعرض من وجه والشراء لا يتوقف إلا إذا وجد نفاذاً فينفذ على الفضولي فيصير مالكاً للعرض، والذي تفيده الإجازة أنه أجاز للفضولي أن ينقد ثمن ما اشتراه من ذلك العرض من ماله كأنه قال: اشتر هذا العرض لنفسك وانقد ثمنه من مالي هذا قرضاً عليك فإن كان مثلياً فعليه مثله، وإن كان قيمياً كثوب أو جارية يصير مستقرضاً للجارية أو الثوب والقرض، وإن لم يجز في القيميات لكن ذلك إذا كان قصداً وهنا إنما يثبت ضمناً مقتضى لصحة الشراء فتراعى فيه شرائط صحة المقتضي وهو الشراء لا غير

والشراء لا يتوقف بل ينفذ على المباشر إن وجد نفاذاً فيكون مالكاً له، وبإجازة المالك لا ينتقل إليه بل تأثير إجازته في النقد لا في العقد، ثم يجب على الفضولي مثل المبيع إن كان مثلياً وإلا فقيمته، لأنه لما صار البدل له صار مشترياً لنفسه بمال الغير مستقرضاً له في ضمن الشراء فيجب عليه رده كما لو قضى دينه بمال الغير، واستقراض غير المثلي جائز ضمناً/ وإن لم يجز قصداً، ألا ترى أن الرجل لو تزوّج [١٦٢/أ/٢] امرأة على عبد الغير صح وتجب قيمته عليه، لأن النكاح على العبد مشروع فينفذ ومن ضرورته يصير قرضاً، فكذا هنا **واعتبار جانب الشراء أولى من اعتبار جانب البيع** لأنه يوافق الأصل لنفاذ تصرف العاقل عليه، واعتبار جانب البيع يقتضي التوقف على غيره، وهو خلاف الأصل ولا يقال: لو كان شراء لما ملكه الوكيل بالبيع، لأنا نقول: إطلاق الوكالة بالبيع يتناول البيع بالعين والدين فيجري على إطلاقه في غير موضع

كالكفيل بالمسلم فيه إذا أداه من مال نفسه يصير مقرضاً حتى رجع بقيمته إن كان ثوباً، لأن الثوب مثلي في باب السلم فكذا فيما جعل تبعاً له فكذا هاهنا إذ لا صحة لشراء العبد إلا بقرض الجارية والشراء مشروع فما في ضمنه يكون مشروعاً هذا، وإنما ينفذ الشراء على المشتري إذا لم يضفه إلى آخر ووجد الشراء النفاذ عليه ولم يسبق بتوكيل للمشتري من آخر فأما إن كان كذلك فالشراء يتوقف، وفي الوكالة ينفذ على الموكل فإنه ذكر في شرح الطحاوي، ولو اشترى رجل لرجل شيئاً بغير أمره كان ما اشتراه لنفسه أجازه الذي اشتراه له أو لم يجزه، أما إذا أضافه إلى آخر بأن قال للبائع: بع عبدك من فلان بكذا فقال: بعت وقبل المشتري هذا البيع لفلان فإنه يتوقف اهـ **قوله: (واعتبار جانب الشراء أولى من اعتبار جانب البيع إلخ)** قال الإتقاني: والجواب عن قياسهم على الشراء فنقول: فيه تفصيل ذكره أصحابنا فإن قال الفضولي: بع هذا العين لفلان فقال المالك: بعت وقال: الفضولي اشتريت لأجله، أو قال المالك: ابتداء بعت هذا العين لفلان، وقال الفضولي: قبلت لأجله فهو على هذا الخلاف فلا يصح القياس، أما إذا قال: اشتريت منك هذا العين لأجل فلان فقال المالك: بعت أو قال المالك: بعت منك هذا العين لأجل فلان فقال: اشتريت فلا يتوقف على إجازة فلان لأنه وجد نفاذاً على المشتري لأنه أضيف إليه ظاهراً ولا حاجة بنا إلى إيقافه على رضا الغير وقوله: لأجل فلان محتمل لأجل رضاه وشفاعته وغير ذلك فلا يتوقف على غيره بخلاف البيع لأنه لم يجد نفاذاً على غير المالك، ولم ينفذ في حق البائع فاحتيج إلى إيقافه على رضا الغير اهـ قال الكمال: وأما القياس على الفضولي ففي شراء الفضولي تفصيل ذكره في شرح الطحاوي، وطريقة الخلاف وهو أن الفضولي لو قال: بع هذا العين لفلان إلى آخر ما ذكره الإتقاني اهـ وقوله: واعتبار جانب الشراء أولى من اعتبار جانب البيع إلخ جواب عن سؤال بأن يقال: لم جعل شراء ولم [illegible]

التهمة، ولو مات المالك **لا ينفذ بإجازة الوارث في الفصلين** لأنه يتوقف على إجازة المورث لنفسه فلا ينتقل إلى غيره بخلاف الوصي أو الأب إذا توقف على إجازتهما في مال الصغير، ثم بلغ الصغير فإنه ينتقل إلى الابن، لأنه لم يتوقف على إجازتهما لنفسه، وإنما يتوقف له فينتقل إليه، وبخلاف ما إذا تزوّجت أمة بغير إذن مولاها وكان قد وطئها **ثم مات المولى حيث تنتقل الإجازة إلى ابنه** لأن عدم الانتقال إلى الوارث كان لمعنى وهو حدوث حل بات على موقوف فأبطله، وقد عدم ذلك هنا بوطء أبيه فلا يبطل حتى لو قدر في الشراء أيضاً مثل ذلك **بأن باعها المولى** ممن لا يحل له وطؤها والنكاح موقوف **كان الحكم كذلك**، ولو أجاز الملك في حياته ولا يعلم حال المبيع جاز البيع في قول أبي يوسف أوّلاً وهو قول محمد، لأن الأصل بقاؤه ثم رجع وقال: لا يصح حتى يعلم قيامه عند الإجازة لوقوع الشك في شرط الإجازة فلا يثبت مع الشك.

قال رحمه اللّه: (وصح عتق مشتر من غاصب بإجازة بيعه لا بيعه) معناه لو غصب رجل عبداً وباعه فأعتقه المشتري فأجاز المالك البيع **جاز عتقه** ولو لم يعتقه المشتري ولكن باعه لم يجز بيعه وهذا عندهما، وقال محمد: لا يجوز عتقه أيضاً وهو القياس لأنه لم يملكه، وقد قال عليه الصلاة والسلام: «لا عتق فيما لا يملك ابن آدم»[1] وهذا لأن عقد الفضولي موقوف على ما بينا والموقوف لا يفيد الملك إذ لا نفاذ فيه، وعند الإجازة إن ثبت الملك بطريق الإستناد فهو ثابت من وجه دون وجه

المقايضة شراء من وجه فأجاب إلخ. **قوله: (لا ينفذ بإجازة الوارث في الفصلين)** أي فيما إذا كان الثمن عرضاً أو ديناً اهـ غاية. **قوله: (ثم مات المولى حيث تنتقل الإجازة إلى ابنه)** أي فإن أجاز صح وإلا فلا فهذه فضولية وتوقف عملها على إجازة الوارث اهـ **قوله: (بأن باعها المولى)** أي الأمة التي تزوّجت بغير إذنه اهـ **قوله: (كان الحكم كذلك)** أي تنتقل الإجازة إلى المشتري. **قوله: (جاز عتقه)** قال الكمال: كذا ذكره في الجامع الصغير ولم يذكر خلافاً لكنهم أثبتوا خلافه مع زفر في بطلان العتق وهذه من المسائل التي جرت المحاورة فيها بين أبي يوسف ومحمد حين عرض عليه هذا الكتاب، فقال أبو يوسف: ما رويت لك عن أبي حنيفة أن العتق جائز وإنما رويت أن العتق باطل، وقال محمد: بل رويت لي أن العتق جائز وإثبات مذهب أبي حنيفة في صحة العتق بهذا لا يجوز لتكذيب الأصل الفرع صريحاً، وأقل ما هنا أن يكون في المسألة هنا روايتان عن أبي حنيفة قال الحاكم الشهيد: قال أبو سليمان: إن هذه رواية محمد عن أبي يوسف ونحن سمعنا من أبي يوسف أنه لا

---

(١) تقدم تخريجه.

فلا يصلح شرطاً للإعتاق لأن المصحح للإعتاق ملك كامل لما روينا، وهذا لأنه ﷺ ذكر فيه الملك مطلقاً **والمطلق ينصرف إلى الكامل** ولهذا لو أعتقه الغاصب، ثم أدى الضمان لا يصح العتق مع أن الملك الثابت له بالضمان أقوى من الملك الثابت للمشتري **حتى ينفذ بيع الغاصب إذا أدى الضمان**، ولا ينفذ بيع المشتري إذا أجاز المالك البيع الأول، وكذا لو أعتقه المشتري والخيار للبائع ثم أجاز البيع لا ينفذ عتقه، وكذا إذا قبض المشتري من الغاصب ثم باعه ثم أجاز المالك البيع الأول لم ينفذ الثاني مع **أن البيع أسرع نفاذاً من العتق** حتى صح بيع الكاتب والمأذون له دون عتقهما، **وكذا لو باع** الغاصب المغصوب ثم أدى الضمان نفذ بيعه، ولو أعتقه ثم أدى الضمان **لا ينفذ عتقه لما ذكرنا**، **وكذا لو باعه الغاصب** فأعتقه المشتري منه ثم أدى الغاصب الضمان صح بيع الغاصب وبطل عتقه لما بيّنا، ولهما أن الملك ثبت موقوفاً **بتصرف مطلق** مفيد للملك بالوضع ولا ضرر فيه على ما مر فيتوقف الإعتاق مرتباً عليه وينفذ بنفاذه وصار كإعتاق المشتري من الراهن فإنه يتوقف **وينفذ بإجازة المرتهن البيع**، وكإعتاق المشتري من الوارث والتركة مستغرقة بالدين فأجازت الغرماء البيع، أو إعتاق الوارث عبداً من التركة وهي مستغرقة بالدين فقضى الدين أو أبرأ/ الغرماء [١٦٢ب/٢]

يجوز عتقه وسيجيء اهـ وقوله: جاز عتقه أي استحساناً اهـ هداية. **قوله: (والمطلق ينصرف إلى الكامل)** واستوضح على ذلك بفروع أربعة اهـ **قوله: (حتى ينفذ بيع الغاصب إذا أدى الضمان)** هذا إذا أدى قيمته يوم الغصب أما إذا ضمن قيمته يوم البيع لاينفذ بيعه اهـ عمادية في آخر أربعة وعشرين. **قوله: (أن البيع أسرع نفاذاً من العتق)** أي فإذا لم ينفذ بيعه لم ينفذ إعتاقه بالطريق الأولى اهـ **قوله: (وكذا لو باع)** استيضاح ثان لكون البيع أسرع نفاذاً اهـ **قوله: (لا ينفذ عتقه لما ذكرنا)** أي إن البيع أسرع نفاذاً اهـ **قوله: (وكذا لو باعه الغاصب إلخ)** قال الكمال: وكذا لا يصح إعتاق المشتري من الغاصب إذا أدى الغاصب الضمان ولا الطلاق في النكاح الموقوف حتى لو أجيز لا يقع على المرأة وكل من الطلاق والعتق في الحاجة إلى الملك على السواء، ولذا إذا جعل فضولي أمر امرأة بيدها فطلقت نفسها ثم أجاز الزوج لا تطلق بل يثبت التفويض فإن طلقت نفسها الآن طلقت وإلا لا اهـ **قوله: (وبطل عتقه)** أي بطل عتق المشتري من الغاصب إذا أدى الغاصب الضمان، وهذا قول البعض والأصح أن عتقه نافذاً اهذ كما سيجيء بعد أسطر اهـ **قوله: (بتصرف مطلق)** قال الكمال: ومطلق بفتح اللام واحترز به عن البيع بشرط الخيار فخرج جواب قوله: لا يصح عتق المشتري والخيار للبائع لأن ذلك ليس بتصرف مطلق، إذ الخيار يمنع ثبوته في حق الحكم باتاً وموقوفاً، وقد يقرأ بكسر اللام والفتح أفصح اهـ **قوله: (وينفذ بإجازة المرتهن البيع)** والجامع أن كلاً منهما إعتاق في بيع موقوف اهـ فتح. وقوله: المرتهن هو الصواب

منه فإنه ينفذ عتقه، وهذا لأن العتق من حقوق الملك والشيء إذا توقف بحقوقه وإذا نفذ نفذ بحقوقه **بخلاف إعتاق الغاصب بنفسه،** لأن الغصب لم يوضع لإفادة الملك لكونه عدواناً محضاً وإنما يملك ضرورة أداء الضمان لئلا يجتمع البدلان في ملك رجل واحد فلم يكن الغصب مثبتاً للملك في الحال ولا سبباً له ليتوقف هو، ويتوقف العتق بتوقفه حكماً له بل هو سبب له ضرورة عند أداء الضمان والعتق وجد قبله، **وبخلاف ما إذا كان في البيع** خيار للبائع لأنه ليس بمطلق والكلام فيه وشرط الخيار يمنع من انعقاده في حق الحكم أصلاً، فكان الملك فيه غير موجود لوجود الخيار المانع منه فلم يصادف الإعتاق محله وهو الملك، وهنا البيع مطلق والأصل في الأسباب المطلقة أن تعمل في حق الحكم بلا تراخٍ، والتراخي إنما ثبت هنا ضرورة دفع الضرر ولا ضرر في توقف الملك والإعتاق فوجب القول بإظهار السبب في حقه، ونعني بتوقف الملك أنه موجود في حق الأحكام التي لا يتضرر المالك بها، **والمشتري من الغاصب** إذا أعتق **ثم ملك** المغصوب بأداء الضمان لا ينفذ إعتاقه عند البعض لأن ملك المشتري ثبت بناء على ملك الغاصب وملك الغاصب لا يكفي لصحة الإعتاق فكذا ما ثبت بناء عليه، **والأصح أنه ينفذ** لأن ملك المشتري ثبت مطلقاً بسبب مطلق وهو الشراء فاحتمل العتق عند الإجازة بخلاف الغاصب لأنه ملكه بالغصب وهو سبب ضروري لا مطلق لما مر فكان الملك فيه ناقصاً والناقص لا يكفي للإعتاق ويكفي لجواز البيع، ألا ترى أن ملك المكاتب يكفي لجواز البيع دون العتق **وإنما يبطل بيع المشتري** من الغاصب عند إجازة المغصوب منه البيع الأوّل، **لأنه بالإجازة ثبت للمشتري** الأوّل وهو البائع الثاني ملك بات فإذا طرأ على ملك

ولكن الذي بخط الشارح المشتري اهـ **قوله: (بخلاف إعتاق الغاصب بنفسه)** جواب عن الأوّل اهـ **قوله: (وبخلاف ما إذا كان في البيع إلخ)** جواب عن الثاني اهـ **قوله: (والمشتري من الغاصب إلخ)** جواب عن الرابع. **قوله: (ثم ملك)** أي الغاصب اهـ **قوله: (والأصح أنه ينفذ)** كذا ذكره هلال الرأي بن يحيى البصري في وقفه وهو من أصحاب أبي يوسف فإنه ذكر فيمن غصب أرضاً فباعها فوقفها المشتري ثم أدى الغاصب ضمانها حتى ملكها قال: ينفذ وقفه على طريق الاستحسان فالعتق أولى اهـ كمال رحمه الله. **قوله: (وإنما يبطل بيع المشتري)** جواب عن الثالث اهـ وقوله: وإنما يبطل بيع المشتري من الغاصب إلخ، وكذا لو [illegible] مولاه [illegible] أو تصدق به عليه أو مات فورثه فهذا كله يبطل الملك الموقوف لأنه لا يتصور اجتماع الملك البات مع الموقوف في محل واحد على وجه يطرأ فيه البات وإلا فقد ذكر [illegible] ملك بات [illegible] معه الملك الموقوف اهـ كمال. **قوله: (لأنه بالإجازة ثبت للمشتري)** قال الإتقاني رحمه الله: وفرق الزاهد العتابي بين إعتاق المشتري من الغاصب [illegible]

موقوف لغيره أبطله لاستحالة اجتماع الملك البات **والملك الموقوف في محل واحد**، ولا يقال: لو كان هذا مانعاً لما ثبت الملك الموقوف للمشتري من الفضولي لوجود الملك البات فيه لمالكه بل كان هذا أولى بالامتناع، **لأن البات فيه موجود** عند ثبوت الموقوف فإذا كان يرفعه بعد ثبوته فأولى أن يمنعه من الثبوت لأن المنع أسهل من الرفع لأنا نقول: المنع والرفع إنما يكونان عند التعارض ولا تعارض، **ثم** لأن الملك الموقوف لم يظهر في حق المالك وإنما يظهر في حق المتعاقدين لأن البيع قائم بهما **فإذا أجاز المالك بيع الفضولي فالملك البات يثبت للفضولي**، والملك الموقوف ظاهر في حقه لأن الفضولي عاقد فوقع التعارض فيرفع البات الموقوف، ولا يقال: إن الغاصب إذا أدى ضمان المغصوب بعدما باعه ينفذ بيعه وقد طرأ على الملك الموقوف الملك البات لأنا نقول: ملك الغاصب ثابت ضرورة إذ ليس الغصب بسبب موضوع للملك فلا يجعل ثابتاً في محل ليس فيه ضرورة فلا يظهر في إبطال التوقف وحاصل الخلاف راجع إلى أن عند محمد بيع الفضولي **لا ينعقد في حق الحكم** لانعدام الولاية فكان الإعتاق حاصلاً في ملك الغير، **وعندهما ينعقد في حق الحكم** ويوجب الملك على سبيل التوقف، لأن الأصل في البيع المنعقد تعجيل الحكم والتراخي إلى وقت الإجازة **لدفع الضرر والضرر في النفاذ** لا في ثبوت الملك على وجه لا يظهر أثره في التصرفات الضارة.

بالإجازة وبين البيع الثاني حيث لا ينفذ بإجازة البيع الأول، وقال: إن بالعتق ينتهي الملك والمنتهي متقرر حكماً وما كان مقرراً للشيء كان من حقوقه فيتوقف بتوقفه بخلاف البيع لأنه غير مقرر للملك لأنه إزالة الملك لا إنهاء الملك فلم يكن من حقوقه ولا يتوقف بتوقفه وحقيقة الفقه في ذلك أن زوال الملك ضدّ الملك والشيء لا يتوقف بتوقف ضدّه، أما العتق فمقرر للملك ومقرر الشيء جاز أن يتوقف بتوقفه والدليل على الفرق بينهما أن المشتري لو أعتق ثم اطلع على عيب يرجع بنقصان العيب، ولو باع ثم اطلع على عيب لا يرجع بنقصان العيب اهـ **قوله**: (**والملك الموقوف في محل واحد**) وفي صورة إعتاق المشتري من الغاصب لم يطرأ الملك البات على الملك الموقوف فنفذ إعتاق المشتري وكان الولاء له اهـ إتقاني. **قوله**: (لأن البات فيه موجود إلخ) هذه [illegible] في العناية اهـ **قوله**: [illegible] أي في المغالطة المذكورة اهـ قوله: (فإذا أجاز المالك [illegible] الفضولي) أي [illegible] الغاصب الفضولي [illegible] قوله: (فالملك البات [illegible] للفضولي) [illegible] من الغاصب [illegible] أيضاً لبيعه ملك غيره اهـ وقوله: فالملك البات الذي [illegible] فالملك الثابت [illegible] لا ينعقد في حق الحكم) أي ولا الملك اهـ فتح. قوله: (وعندهما ينعقد في حق الحكم إلخ) [illegible] الكمال: وبعد فالمقدمة القائلة في كلام محمد [illegible] الملك الكامل [illegible] فيها بدفع ويمكن أن يستخرج من الدليل المذكور منع أنه يحتاج إلى ملك كامل وقت

قال رحمه الله: (**ولو قطعت يده عند المشتري فأجيز** فأرشه لمشتريه) أي لو قطعت يد عبد باعه الفضولي، ثم أجاز مالكه البيع يكون أرش اليد للمشتري لأن الملك ثبت له من وقت الشراء/ فتبين أن القطع ورد على ملكه، وعلى هذا كل ما [١٦٣/٢/أ] يحدث من المبيع من كسب أو ولد أو عقر قبل الإجازة فهو للمشتري لما ذكرنا وهو حجة على محمد، والعذر له أن الملك من وجه يكفي لاستحقاق الزوائد كالمكاتب إذا قطعت يده فأخذ الأرش ثم رد في الرق يكون الأرش للمولى، وكذا إذا قطعت يد المبيع والخيار للبائع فأجاز البيع يكون الأرش للمشتري لما ذكرنا من استناد ملكه بخلاف الإعتاق لافتقاره إلى الملك الكامل، ومع الخيار للبائع لا يثبت الملك للمشتري، وبخلاف ما إذا غصب عبداً فقطعت يده عنده ثم ضمن قيمته حيث لا يكون الأرش له لأن الغصب ليس بسبب موضوع للملك، **وإنما يثبت الملك له ضرورة** على ما بينا فلا يظهر في حق استحقاق الزوائد.

قال رحمه الله: (وتصدّق بما زاد على نصف الثمن) **لأن فيه شبهة عدم الملك** لأنه غير موجود حقيقة وقت القطع، وإنما ثبت بطريق الاستناد فكان ثابتاً من وجه دون وجه، ولأنه إن كان قبل القبض لم يدخل في ضمانه فيكون ربح ما لم يضمن ويطيب له قدر نصف الثمن، لأن أرش اليد قام مقام نصف الثمن، وهذا لأن أرش اليد الواحدة في الحرّ نصف الدية، وفي العبد نصف القيمة والذي دخل في ضمانه ما هو كائن بمقابلة الثمن فما زاد على نصف الثمن يكون ربح ما لم يضمن أو فيه شبهة عدم الملك، لأن الملك لا يثبت له يوم قطع اليد حقيقة.

قال رحمه الله: (**ولو باع عبد غيره بغير أمره فبرهن المشتري** على إقرار البائع أو

ثبوته بل وقت نفاذه وهو كذلك اهـ **قوله**: (**لدفع الضرر**) أي عن المالك اهـ فتح. **قوله**: (**والضرر في النفاذ**) أي لا في توقفه اهـ فتح. **قوله في المتن**: (**ولو قطعت يده عند المشتري فأجيز إلخ**) علم أن قطع اليد لا يمنع الإجازة لقيام المعقود عليه بخلاف ما إذا مات العبد أو قتل بطلت الإجازة اهـ **قوله**: (**وإنما يثبت الملك له ضرورة**) أي في المتصل اهـ إتقاني. **قوله**: (**لأن فيه شبهة عدم الملك إلخ**) قال الإتقاني رحمه الله: فيه نظر لأنه إذا كان لشبهة العدم اعتبار ينبغي أن يتصدق بجميع الأرش لا بالفضل وحده، قال فخر الدين قاضيخان: فإن كان المشتري أعتق العبد فقطعت يده ثم أجاز المولى بيع الغاصب كان الأرش للعبد اهـ **قوله في المتن**: (**ولو باع عبد غيره بغير أمره**) قال الكمال: وإن وقع في الجامع الصغير فليس من صورة المسألة باع عبد غيره من رجل فأقام ذلك المشتري بينة على إقرار البائع أنه لم يأمره مالكه ببيعه أو أقام على رب العبد ذلك وأراد بذلك ردّ العبد فإن هذه البينة لا تقبل للتناقض على الدعوى، إذ الإقدام على الشراء دليل دعواه صحته وأنه يملك بيعه

رب العبد أنه لم يأمره بالبيع وأراد ردّ البيع لم يقبل البطلان دعواه بالتناقض إذ إقدامهما على العقد وهما عاقلان اعتراف منهما بصحته ونفاذه، لأن الظاهر من حال العاقل المسلم مباشرة العقد الصحيح النافذ، والبينة لا تنبني إلا على دعوى صحيحة فإذا بطلت الدعوى لا تقبل، **وهذا يشكل بما ذكر في الزيادات** أن المبيع إذا ادّعاه رجل فصدّقه المشتري في دعواه فأخذه المستحق بإقراره ثم أقام المشتري البينة على إقرار البائع بأن العبد للمستحق يريد بذلك أن يثبت له حق الرجوع بالثمن تقبل بينته، **وفرقوا بينهما** بأن العبد في يد المشتري **في المسألة الأولى** وفي مسألة الزيادات في يد

ودعواه إقراره بعدم الأمر تناقضه إذ هو دليل أنه لم يصح ولم يملك البائع البيع وقبول البينة ينبني على صحة الدعوى فحيث لم تصح لم تقبل ولو لم تكن بينة بل ادعى البائع بعد البيع أن صاحبه لم يأمره ببيعه، وقال المشتري: أمرك أو ادّعى عدم الأمر فادعى البائع الأمر فالقول: لمن يدعي الأمر لأن الآخر مناقض إذ إقدامه على البيع أو الشراء دليل اعترافه بالصحة، وقد ناقض بدعواه عدم الأمر بخلاف الآخر ولذا ليس له أن يستحلفه لأن الاستحلاف يترتب على الدعوى الصحيحة لا الباطلة ذكره في شرح الزيادات اهـ **قوله: (فبرهن المشتري)** أي أقام بينة اهـ ع. **قوله: (أو رب العبد)** أي أو برهن المشتري على إقرار رب العبد أنه لم يأمر البائع بالبيع اهـ **قوله: (وهذا يشكل بما ذكر في الزيادات إلخ)** صورة مسألة الزيادات اشترى جارية وقبضها ونقد الثمن ثم ادعاها مستحق كان المشتري خصماً لأنه يدعيها لنفسه فإن أقر بها للمدعي أمر بتسليمها ولا يرجع بالثمن على بائعه لأن إقراره بها له لا يكون حجة على البائع، وكذا لو جحد دعواه فحلف فنكل فقضى عليه بالنكول لأن نكوله ليس حجة على غيره لأنه كإقراره اهـ فتح. **قوله: (وفرقوا بينهما إلخ)** قال الإتقاني رحمه اللّه: أي فرق المشايخ بين روايتي الجامع الصغير والزيادات فقالوا: إن العبد في مسألة الجامع الصغير في يد المشتري فلم تسمع البينة على الإقرار من البائع أو من رب العبد أن البيع كان بغير أمر لأن المقصود منه الرجوع بالثمن وشرط الرجوع عدم سلامة العين للمشتري والعين سالمة له لأنها في يده وفي مسألة الزيادات العبد في يد المستحق فوجد شرط الرجوع فقبلت البينة ولنا في هذا الفرق نظر لأن وضع المسألة في الزيادات أيضاً في أن العبد في يد المشتري، ولئن سلمنا أن العبد في يد المستحق فلا نسلم أن البينة تقبل حينئذ لأن التناقض في الدعوى موجود لا محالة كما بينا، ومبنى البينة على صحة الدعوى فلم تصح فلا تصح البينة والأولى أن يقال: إن المشتري أقام البينة على إقرار البائع أو رب العبد قبل البيع في مسألة الجامع الصغير فلهذا لم تقبل البينة للتناقض، وفي مسألة الزيادات أقام البينة على الإقرار بعد البيع فلم يلزم التناقض وهذا محمل صحيح، ولهذا لم يقبل البينة في الزيادات أيضاً في آخر الكتاب في الباب الذي يبقى بعده باب إلى تمام الكتاب على ترتيب محمد حيث قال: رجل باع شيئاً لرجل من رجل ثم قال البائع: إن

المستحق، وشرط الرجوع بالثمن أن لا تكون العين سالمة للمشتري فلذلك لم يرجع في مسألة الكتاب، ورجع في مسألة الزيادات وقيل: اختلف الجواب لاختلاف الوضع فموضوع ما ذكر هنا فيما إذا أقام البينة على أن البائع أقر قبل البيع بأن المبيع للمستحق وإقدامه على الشراء ينفي ذلك فيكون متناقضاً فلا تقبل بينته وموضوع ما ذكر في الزيادات فيما إذا أقام البينة على أن البائع أقر بعد البيع أنه للمستحق فلا يصير متناقضاً فتقبل بينته.

قوله (**ولو أقر البائع** بذلك) في مسألة الكتاب (عند القاضي) بأن رب العبد لم يأمره بالبيع (بطل البيع إن طلب المشتري ذلك) لأن التناقض **لا يمنع صحة الإقرار**

صاحبه لم يأمرني به، وقال المشتري: بل أمر به فإن القول قول الذي يدعي الأمر لأن المعاقدة بينهما دليل على نفاذه وصحته، فإذا ادعى أحدهما خلاف ذلك بطل للتناقض ولأنه سعى في نقض ما أوجبه فبطل فإن أراد المدعي منهما الفسخ بأن يقيم البينة على إقرار صاحبه أن صاحب المال لم يأمر بالبيع أو أراد يمين صاحبه على ذلك لم يكن له شيء من ذلك، لأن الدعوى بطلت لما قلنا فبطل ما يبتنى على ذلك اهـ وقول الشارح رحمه الله وفرقوا بينهما إلخ هذا الفرق ذكره في الهداية واقتصر عليه، قال الكمال: وهذا هو فرق المصنف وهو منظور فيه بأن وضع مسألة الزيادات أيضاً في أن الجارية في يد المشتري كما أسمعتك والأولى ما ذكر في الفوائد الظهيرية عن بعض المشايخ أن مسألة الجامع محمولة على أن المشتري أقام البينة على إقرار البائع قبل البيع، أما إذا أقامها على إقراره بعد البيع أن رب العبد لم يأمره بالبيع فتقبل لأن إقدام المشتري على الشراء يناقض دعواه إقرار البائع بعد الأمر قبل البيع ولا يناقض دعواه إقراره بعدم الأمر بعد البيع، قال: ومسألة الزيادات محمولة على هذا أيضاً فتقع الغنية عن التفرقة بين المسألتين اهـ وقيل: مسألة الجامع محمولة على إقرار البائع أو رب العبد قبل البيع فلم تقبل للتناقض والزيادات على الإقرار بعد البيع فلم يلزم التناقض فقبلت، ومما يناسب المسألة باع عبد غيره بلا أمره ثم اشتراه من مولاه ثم أقام البائع البينة أنه اشترى العبد من مولاه بعد بيعه أو ورثه بعد البيع، قال محمد: تقبل بينته ويبطل البيع الأول اهـ قوله: (**في المسألة الأولى**) أي وهي المذكورة في المتن وهي مسألة الجامع الصغير اهـ قوله في المتن: (**ولو أقر البائع**) قال الكمال: بخلاف ما لو أقر البائع عند القاضي بذلك حيث يحكم بالبطلان والرد إن طلب المشتري ذلك لأن التناقض لا يمنع صحة الإقرار، ولهذا صح إقراره بالشيء بعد إنكاره إياه، إلا أن الإقرار حجة قاصرة يعني إنما ينفذ في حق المقر خاصة فإذا وافقه المشتري نفذ عليهما فلذا شرط طلب المشتري حتى يكون نقضاً باتفاقهما لا بمجرد إقرار البائع، والمراد من فسخ القاضي أنه يمضي إقرارهما، أما أن الفسخ يتوقف على القضاء فلا اهـ قوله: (لا يمنع

لعدم التهمة فللمشتري أن يساعده فيه **فيتحقق** الإنفاق بينهما **فينتقض في حقهما لا في حق رب العبد إن كذبهما** وادّعى أنه كان أمره، فإذا لم ينفسخ في حقه يطالب البائع بالثمن عندهما لأنه وكيله وليس له أن يطالب المشتري **لأنه برئ بالتصادق**، وعند أبي يوسف له أن يطالبه فإذا أدّى رجع به على البائع وهذا بناء على أنه إبراء الوكيل المشتري عن الثمن صحيح عندهما ويضمن للموكل وعنده لا يصح، ولو كان بالعكس بأن أنكر/ المالك التوكيل وتصادقا أنه وكله فإن أقام الوكيل البينة لزمه وإلا [١٦٣ب/٢] استحلف المالك، فإن حلف لم يلزمه وإن نكل لزمه لأن النكول كالإقرار، ولو غاب المالك بعد الإنكار وطلب البائع الفسخ فسخ القاضي البيع بينهما لأنه ثبت عند القاضي أن البيع كان موقوفاً، فإن طلب المشتري تأخير الفسخ ليحلف المالك أنه لم يأمره لم يؤخر لأن سبب الفسخ قد تحقق فلا يجوز تأخيره لأجل اليمين، فلو حضر المالك وحلف أخذ العبد وإن نكل عاد البيع، ولو كان المالك حاضراً وغاب المشتري لم يأخذ العبد لأن البيع صح ظاهراً فلا يصح القضاء على الغائب بفسخه، وللبائع أن يحلف رب العبد أنه ما أمره ببيعه فإن نكل ثبت أمره، وإن حلف ضمن البائع ونفذ بيعه كالغاصب إذا باع المغصوب ثم ملكه بأداء الضمان، ولو مات المالك قبل حضوره فورثه البائع وأقام بينة على إقرار المالك بأنه لم يأمره لم تقبل لما بينا من التناقض، ولو أقامها على إقرار مشتريه بذلك بعد موته تقبل بخلاف ما إذا أقاما على هذا الوجه حال حياة المالك فإنها لا تقبل لأنه في حال حياته أصل فيه فيمتنع بالتناقض، وبعد موته نائب عن الميت والميت لو ادّعى بنفسه حال حياته لا يكون مناقضاً فكذا نائبه، ولو ورثه البائع وغيره فإن ادّعى غيره جحود المالك تسمع

صحة الإقرار لعدم التهمة إلخ) فإن من أنكر شيئاً ثم أقر به صح إقراره بخلاف الدعوى اهـ **قوله: (فللمشتري أن يساعده)** أي يوافقه فيه اهـ **قوله: (فيتحقق)** أي بطلان البيع اهـ ع **قوله: (فينتقض في حقهما لا في حق رب العبد إن كذبهما)** قال الكمال: وفروعها أن صاحب العبد لو حضر وصدقهما نفذ الفسخ في حقه وتقرر، وإن كذبهما وقال: كنت أمرته كان القول قوله لما ذكرنا أن إقدامهما إقرار منهما بالأمر فلا يعمل رجوعهما في حقه ويغرم البائع الثمن له ويكون المبيع للبائع لا له ويبطل عن المشتري الثمن للآمر في قول أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف يبقى في ذمة المشتري للآمر ويرجع المشتري على البائع بمثل الثمن بناء على أن الوكيل بالبيع يملك إبراء المشتري عن الثمن عند أبي حنيفة ومحمد ويملك الإقالة بغير رضا الآمر، وعلى قول أبي يوسف لا يملك اهـ **قوله: (لأنه برئ بالتصادق)** فيه إشكال حيث اعتبر فيه الإقرار على الغير اهـ (فرع) ذكره الشارح رحمه الله في كتاب الدعوى فضولي باع عبد الغير من رجل، وفضولي آخر باع نصفه من آخر فأجاز المولى

لأنه لم يسبق منه ما يجعل مناقضاً بخلاف شريكه البائع حيث يكون مناقضاً ولمشتريه أن يحلفه بالله ما يعلم أن المولى أمره ببيعه، فإن نكل ثبت الأمر وإن حلف أخذ نصف العبد ورجع المشتري على البائع بنصف الثمن وخير في النصف الآخر لتفرق الصفقة عليه، وهذا إذا أقر المشتري بأن العبد ملك الآمر ولو أنكر لغا قول الآمر حتى يقيم البينة على ملكه، **ولغا توكيل بائعه** في خصومته كيلا يصير البائع ساعياً في نقض ما أوجبه.

قال رحمه الله: (ومن باع دار غيره فأدخلها المشتري في بنائه لم يضمن البائع) ومعنى المسألة إذا باع دار غيره بغير إذنه ثم اعترف البائع بالغصب وأنكر المشتري لم **يضمن البائع الدار** لأن إقرار البائع لا يصدّق على المشتري، ولا بد من إقامة البينة حتى يأخذها فإذا لم يقم المستحق وهو صاحب الدار البينة كان التلف مضافاً إلى عجزه عن إقامة البينة لا إلى عقد البائع لأن الغاصب لايجوز بيعه، فعلى هذا التقدير يعلم أن قوله فأدخلها المشتري في بنائه وقع اتفاقاً إذ لا تأثير للإدخال في البناء في ذلك.

باب السلم

وهو بمعنى السلف لغة فإنه أخذ عاجل بآجل وسمي هذا العقد به لكونه معجلاً على وقته، فإن أوان البيع بعد وجود المعقود عليه في ملك العاقد، والسلم

البيعين اهـ فليراجع عند قوله: دار في يد آخر ادعى رجل نصفها وآخر كلها اهـ **قوله: (ولغا توكيل بائعه)** أي توكيل الآمر فهو من إضافة المصدر إلى مفعوله أي توكيل رب العبد بائعه أي لغا أن يوكل رب العبد بائعه اهـ **قوله في المتن: (ومن باع دار غيره)** أي عرصة غيره بغير أمره اهـ فتح. **قوله: (لم يضمن البائع الدار)** أي: عند أبي حنيفة لمن أقرّ بالغصب منه وهو قول أبي يوسف آخراً وكان يقول: أوّلاً يضمن وهو قول محمد وهي مسألة غصب العقار هل يتحقق أولاً عند أبي حنيفة لا وعند محمد نعم فيضمن اهـ كمال. قوله: وعند محمد نعم تفسيره إذا غصب داراً فانهدمت أو أرضاً فانتقضت وسيجيء بيان الخلاف في غصب العقار في الغصب اهـ إتقاني.

باب السلم

لما فرغ من بيان أنواع البيوع التي لا يشترط فيها القبض لا في العوضين ولا في أحدهما شرع في بيان ما يشترط فيه القبض وهو السلم والصرف لأن السلم يشترط فيه قبض أحد العوضين في المجلس وقدّم السلم على الصرف، لأن الشرط في السلم قبض أحد العوضين في المجلس وفي الصرف قبضهما والترقي يكون أبداً من الأدنى إلى الأعلى

يكون عادة بما ليس بموجود في ملكه فيكون العقد معجلاً وينعقد بلفظ السلم ولا ينعقد بلفظ البيع في رواية المجرد، لأنه ورد بلفظ السلم على خلاف القياس فلا يجوز بغيره، وفي رواية الحسن ينعقد وهو الأصح لأنه بيع ألا ترى إلى ما روي أنه عليه الصلاة والسلام «نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان ورخص في السلم»(١) وهو مشروع بالكتاب والسنة وإجماع الأمة، قال ابن عباس رضي اللّه عنهما: أشهد أن اللّه أحل السلم المؤجل وأنزل فيه أطول آية وتلا قوله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا **إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى** فاكتبوه﴾ [البقرة: ٢٨٢]، وقد روينا أنه عليه الصلاة والسلام «نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان ورخص في السلم» والقياس يأبى / [١٦٤/أ/٢] جوازه لأن المسلم فيه مبيع وهو معدوم، وبيع موجودغير مملوك أو مملوك غير مقدور التسليم لا يجوز، فبيع المعدوم أولى أن لا يجوز ولكن تركناه بما ذكرنا.

قال صاحب التحفة: البيع أربعة أنواع أحدها: بيع العين بالعين كبيع السلع بأنواعها نحو بيع الثوب بالثوب وغيره ويسمى هذا بيع المقايضة، والثاني: بيع العين بالدين نحو بيع السلع بالأثمان المطلقة وبيعها بالفلوس الرائجة والمكيل والموزون والمعدود المتقارب ديناً، والثالث: بيع الدين بالدين وهو بيع الثمن المطلق بالثمن المطلق وهو الدراهم والدنانير وإنه يسمى عقد الصرف يعرف في كتابه إن شاء اللّه تعالى، والرابع: بيع الدين بالعين وهو السلم فإن السلم فيه مبيع وهو دين ورأس المال قد يكون عيناً وقد يكون ديناً، ولكن قبضه شرط قبل افتراق العاقدين بأنفسهما فيصير عيناً اهـ إتقاني. قال الكمال: وخص باسم السلم ليتحقق إيجاب التسليم شرعاً فيما صدق عليه، أعني تسليم رأس المال وكان على هذا تسمية الصرف بالسلم أليق لكن لما كان وجود السلم في زمنه ﷺ هو الظاهر العام في الناس سبق الاسم له اهـ وقال صاحب التحفة: في السلم هو عقد يثبت الملك في الثمن عاجلاً وفي المثمن آجلاً يسمى سلماً وإسلاماً وسلفاً وإسلافاً لما فيه من تسليم رأس المال في الحال، وفي عرف الشرع عبارة عن هذا أيضاً مع زيادة شرائط ورد الشرع بها لم يعرفها أهل اللغة فعن هذا عرفت فساد ما قيل في بعض الشروح: إن السلم أخذ عاجل بآجل لأن السلعة إذا بيعت بثمن مؤجل يوجد هذا المعنى وليس بسلم ولو قيل: بيع آجل بعاجل لم يرد الاعتراض وركن السلم الإيجاب والقبول بأن قال رجل لآخر: أسلمت إليك عشرة دراهم في كر حنطة أو قال: أسلفت وقال الآخر: قبلت ويسمى صاحب الدراهم رب السلم والمسلم أيضاً ويسمى الآخر المسلم إليه اهـ إتقاني رحمه اللّه. **قوله**: (﴿**إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى**﴾ [**البقرة: ٢٨٢**]) والمعنى إذا تعاملتم بدين مؤجل فاكتبوه وفائدة قوله مسمى ليعلم أن من حق الأجل أن يكون معلوماً اهـ إتقاني.

---

(١) تقدم تخريجه.

قال رحمه اللّه: (ما أمكن ضبط صفته ومعرفة قدره صح السلم فيه) لأنه لا يفضي إلى المنازعة وقد قال رسول اللّه ﷺ: «من أسلم في تمر فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم»[1] رواه مسلم والبخاري. والضبط يكون بمعرفة قدره وقد شرطه عليه السلام.

قال رحمه اللّه: (وما لا فلا) أي ما لا يضبط صفته ولا يعرف مقداره **لا يجوز السلم فيه لأنه** دين وهو لا يعرف إلا بالوصف، فإذا لم يمكن ضبطه به يكون مجهولاً جهالة تفضي إلى المنازعة فلا يجوز كسائر الديون.

قال رحمه اللّه: (فيصح في المكيل والموزون **المثمن**) لما روينا ولما بينا من المعنى واحترز بقوله المثمن من الدراهم والدنانير لأنهما أثمان، وليسا بمثمن **حتى لو أسلم فيهما لا يصح سلماً**، لأن السلم تعجيل الثمن وتأجيل المبيع ولو جاز فيه لانعكس، فإذا لم يقع سلماً يكون باطلاً عند عيسى بن أبان، **وقال الأعمش**: يكون بيعاً بثمن مؤجل تحصيلاً لمقصود المتعاقدين بحسب الإمكان والعبرة في العقود للمعاني، وقول عيسى أصح لأن المعقود عليه في السلم المسلم فيه **وإنما يصحح العقد في محل أو جبا** العقد فيه وذلك غير ممكن، ولا وجه إلى تصحيحه في محل آخر لأنهما لم يوجبا العقد فيه، **وهذا الخلاف فيما إذا أسلم فيهما** غير الأثمان، وأما إذا أسلم الأثمان فيهما كالدراهم في الدنانير أو بالعكس فلا يجوز بالإجماع لما عرف أن القدر بانفراده يحرّم النساء، ولو أسلم في المكيل وزناً كما إذا أسلم في الحنطة والشعير بالميزان، **روى الطحاوي عن أصحابنا أنه يجوز** لأن الكيل والوزن إنما يشترط ليصير معلوم القدر لا لنفي الربا، لأنه لا يقابل بجنسه لأن المؤدى عين الواجب حكماً في

قوله: (لا يجوز السلم فيه لأنه) أي المسلم فيه اهـ **قوله في المتن: (المثمن)** المثمن صفة لقوله: والموزون فقط اهـ **قوله: (حتى لو أسلم فيهما لا يصح سلماً)** أي بالاتفاق لأن المسلم فيه لا بدّ أن يكون مثمناً والنقود أثمان فلا تكون مسلماً فيها اهـ كمال. **قوله: (وقال الأعمش إلخ)** واعلم أن ما قاله أبو بكر الأعمش اختاره الكمال في الفتح قال: وهو عندي أدخل في الفقه وعلله فلينظر ثمة اهـ **قوله: (وإنما يصحح العقد في محل أوجبا)** أي أوجب المتعاقدان العقد اهـ **قوله: (وهذا الخلاف فيما إذا أسلم فيهما)** أي في الدراهم والدنانير اهـ **قوله: (روى الطحاوي عن أصحابنا أنه يجوز)** وعليه الفتوى لتعامل الناس اهـ [illegible]. قوله في

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) هو سليمان بن [illegible] أصله من بلاد الري ومنشأه ووفاته في الكوفة. قال الذهبي كان رأساً في العلم [illegible] الصالح، توفي سنة (١٤٨هـ). انظر سير أعلام النبلاء (٦/٢٢٦)، وتهذيب التهذيب (٤/٢٢٢).

باب السلم فيكون بدلاً عن رأس المال ولا ربا بينهما، وروى الحسن عن أصحابنا أنه لا يجوز لأن المسلم فيه دين في الذمة والمؤدى عين والعين غير الدين حقيقة فيكون المؤدى بدلاً عن الواجب في الذمة حقيقة، وإن كان عينه حكماً فيكون مشترياً الحنطة بالحنطة فلا يجوز إلا كيلاً، وعلى هذا الخلاف لو أسلم في الموزون كيلاً.

قال رحمه الله: (**والعددي المتقارب كالجوز** والبيض) لأنه معلوم مضبوط مقدور التسليم فأشبه المكيل والموزون ويستوي فيه الكبير والصغير **لاصطلاح الناس على إهدار التفاوت**، ولهذا تستوي قيمتهما فصارا بذلك من ذوات الأمثال **بخلاف البطيخ والرمان** لأن آحادهما متفاوتة، ولهذا تختلف في القيمة وبها يعرف التفاوت والتساوي، **وعن أبي حنيفة أنه لا يجوز في بيض النعامة** لتفاوت آحاده في المالية ويجوز السلم في هذه الأشياء كيلاً أيضاً، وقال زفر رحمه الله: لا يصح كيلاً لأنه عددي ليس بمكيل فلا يصح إذ المعتبر فيما لا نص فيه العادة، وعنه أنه لايصح عدداً أيضاً لأنه يؤدّي إلى النزاع في التسليم والتسلم بسبب التفاوت وإن كان يسيراً فصار كالسفرجل والقثاء، ولنا أن المقدار يعرف بالكيل تارة وبالعد أخرى فتنقطع المنازعة بينهما بذكر أحدهما أيهما كان إذا كان يعرف قدره بهما.

قال رحمه الله: (والفلس) لأنه عددي يمكن ضبطه فيصح السلم فيه وقيل عند محمد لا يجوز السلم فيه لأنه ثمن ما دام يروج والمسلم فيه مبيع فلا يصح فيه كالنقدين، وإذا كسد صار قطعة نحاس فلا يجوز السلم فيه عدداً، ولنا ما ذكرنا أنه يمكن ضبطه به فيصح كسائر المعدوات وهذه المسألة مبنية على أن اصطلاح الناس على الثمنية لا يبطل باصطلاحهما عندهُ/ [١٦٤ب/٢]، وعندهما يبطل على ما ذكرنا في بيع الفلس بالفلسين وذكرنا الفرق هناك بين الفلوس والنقدين.

المتن: (والعددي المتقارب كالجوز إلخ) قال في شرح الجامع الصغير لقاضيخان: أما السلم في الباذنجان عدداً لم يذكر محمد وذكر الشمس السرخسي أنه يجوز وألحقه بالجوز والبيض هذا لفظه اهـ إتقاني. قوله: (**لاصطلاح الناس على إهدار التفاوت**) أي فلا ترى جوزة بفلس وجوزة بفلسين بخلاف البطيخ فإنك ترى بطيخة بدرهم وأخرى بفلس اهـ **قوله: (بخلاف البطيخ والرمان)** قال الإتقاني: وأما العددي المتفاوت وتفسيره ما نقل عن أبي يوسف ما اختلفت آحاده في القيمة واتفقت أجناسه فلا يجوز السلم فيه، وذلك كالنعم والجواهر واللآلئ والأدم والجلود والخشب والرؤوس والأكارع والرمان والبطيخ والسفرجل ونحوها إلا إذا بين من جنس الجلود والأدم والخشب والجذوع شيئاً معلوماً وطولاً معلوماً وغلظاً معلوماً وأتى بجميع شرائط السلم والتحق بالمتقارب يجوز كذا قال في الظهيرية، ولا يجوز فيما لا مثل له كالحيوان والعدديات المتفاوتة إلا في الثياب خاصة اهـ قوله: (وعن أبي حنيفة أنه لا يجوز في بيض النعامة) قال الإتقاني: ثم عندنا يجوز السلم في بيض النعام أيضاً

قال رحمه الله: (واللبن والآجر إن سمي ملبن معلوم) لأن آحادهما لا تختلف اختلافاً يفضي إلى المنازعة بعد ذكر الآلة.

قال رحمه الله: (**والذرعي كالثوب إن بين الذراع والصفة والصنعة**) لأنه يصير معلوماً بذكر هذه الأشياء فلا يؤدي إلى النزاع، **وإن كان ثوب حرير يباع بالوزن لا بد من بيان وزنه** مع ذلك لأنه يصير معلوماً به.

قال رحمه الله: (**لا في الحيوان**) وقال الشافعي رحمه الله: يجوز السلم فيه إذا بيّن الجنس والسن والنوع والصفة، لما روي أنه عليه السلام استقرض بكراً ورد رباعياً»[١] ولأن بعد بيان ما ذكرنا من الأوصاف الجهالة تقل فلا تفضي إلى المنازعة كما في الثياب، ولنا ما روي أنه عليه السلام «نهى عن السلم في الحيوان»[٢] ولأنه تتفاوت آحاده تفاوتاً فاحشاً بحيث لا يمكن ضبطه، ألا ترى أن العبدين يستويان في

في ظاهر الرواية لأنه معلوم مضبوط اهـ **قوله في المتن**: (**والذرعي كالثوب إلخ**) قال الإتقاني: وأما الذرعي فيجوز السلم فيه كالثياب والبسط والبواري ونحوها إذا بين الطول والعرض والصفة والنوع، قال في الإيضاح والقياس: أن لا يجوز السلم في الثياب لأنها ليست من ذوات الأمثال، ألا ترى أنه لا يضمن مستهلكها المثل، وإنما جوزناه واستحساناً لأن الثياب مصنوع العبد والعبد يصنع بآلة فإذا اتحد الصانع والآلة يتحد المصنوع فلا يبقى بعد ذلك إلا قليل تفاوت وقد يتمحل قليل التفاوت في المعاملات ولا يتحمل في الاستهلاكات، ألا ترى أن الأب لو باع بغبن يسير كان متحملاً ولو استهلك شيئاً يسيراً وجب عليه الضمان اهـ **قوله في المتن**: (**أن بين الذراع**) أي بعد ذكر الجنس والنوع اهـ **قوله**: (**والصفة**) أي بأنه قطن أو كتان أو مركب منهما وهو الذي يسمى ملحماً اهـ **قوله**: (**والصنعة**) أي بأنه عمل الشأم أو الروم أو نحوهما اهـ **قوله**: (**وإن كان ثوب حرير يباع بالوزن**) قال في الإيضاح: ويحتاج إلى بيان الوزن في ثياب الحرير والديباج إذا كان يبقى التفاوت بعد ذكر الطول والعرض لأنها تختلف باختلاف الوزن فإن الديباج كلما ثقل وزنه ازدادت قيمته، والحرير كلما خف وزنه ازدادت قيمته فلا بدّ من بيانه اهـ **قوله**: (**لا بدّ من بيان وزنه**) قال ظهير الدين إسحاق الولوالجي في فتاواه: ولو عين الذرعان ولم يعين الوزن هل يجوز السلم في الحرير اختلف المشايخ فيه منهم من قال: ليس بشرط، ومنهم من قال: يشترط وإليه مال الشيخ الإمام شمس الأئمة أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي وهو الصحيح بخلاف سائر الثياب فإنه لا يشترط فيها الوزن مع الذرع لأن الحرير يختلف باختلاف الوزن كما يختلف

---

(١) ذكره ابن حجر في التلخيص الحبير (٣ / ٣٣) بلفظ (استقرض بكراً ورد باذلاً) وقال هذا اللفظ تبع فيه الغزالي في الوسيط.

(٢) ذكره الزيلعي في نصب الراية (٤ / ٤٦) وقال أخرجه الحاكم في المستدرك.

الجنس والسن وتتفاوت قيمتها لاختلاف المعاني الباطنة كالكياسة وحسن الخلق والخلق والسيرة والفصاحة والأمانة والشدّة قال قائلهم:

ألا رب فرد يعدل الألف زائداً وألف تراهم لا يساوون واحداً

وكذا سائر الحيوان يختلف اختلافاً يؤدي إلى اختلاف المالية فلا يجوز السلم فيه كما في الخلفات والجواهر بخلاف الثياب لأنه مصنوع العباد، والعبد إنما يصنع بآلة **فإن اتحدت الآلة والصانع يتحد المصنوع** والتفاوت اليسير بعده لا يضر، وما روي أنه عليه السلام «استقرض بكراً [وردّ رباعياً][(١)]» فالمراد به أنه عليه السلام استعجل في الصدقة ثم لم تجب الزكاة على صاحبها فردها رباعياً أو استقرض لبيت المال لأنه يجوز أن يثبت حق مجهول على بيت المال كما يجب له حق مجهول، **وما روي أنه عليه السلام «اشترى بعيراً ببعيرين إلى أجل»**[(٢)] كان قبل نزول آية الربا لان الجنس بانفراده يحرم النساء أو كان ذلك في دار الحرب إذ لا يجري الربا بين المسلم والحربي في دار الحرب على ما بينا من قبل ويدخل فيه جميع أنواع الحيوانات حتى العصافير لان النص لم يفصل.

قال رحمة الله: (وأطرافه) يعني لا يجوز السلم في أطراف الحيوان كالرأس والأكارع للتفاوت الفاحش وعدم الضابط ثم قيل: هذا قول أبي حنيفة، وعندهما يجوز كما في اللحم، وقيل: لايجوز بالاتفاق والفرق لهما بينه و بين اللحم أن المسلم فيه هو اللحم دون العظم والعظم في الرؤوس وفي الأكارع أكثر من اللحم أو مساوٍ له فلا يمكن أن يجعل تبعاً للحم فبقي معتبراً، و لايدرى قدره فيصير قدر

باختلاف الطول والعرض ولا كذلك الكرباس اهـ إتقاني. **قوله في المتن: (لا في الحيوان)** قال الإتقاني: اعلم ن السلم باطل في الحيوان عندنا اهـ وقالت الثلاثة يجوز اهـ عيني. **قوله: (فإذا اتحدت الآلة والصانع يتحد المصنوع)** أي وليس الحيوان كذلك لأن ما يحدث فيه يحدث بإحداث الله من غيرصنع العباد بلا آلة ولا مثال فظهر الفرق اهـ إتقاني. **قوله: (وما روي أنه عليه الصلاة والسلام اشترى بعيراً ببعيرين إلخ)** فإن قلت: قد حكم رسول الله ﷺ في الدية بمائة من الإبل، وفي الجنين بغرة عبد أو أمة فثبت أن الحيوان يثبت في الذمة قلت: قد حكم رسول الله ﷺ أيضاً أن بيع الحيوان بالحيوان لا يجوز نسيئة فعلم أن الحيوان لا يثبت في الذمة، فلما ورد أصلان متعارضان وفقنا بينهما فقلنا: إن ما كان بدلاً عن مال لا يثبت الحيوان فيه ديناً في الذمة كالسلم قياساً على بيع الحيوان بالحيوان نسيئة، وما لا يكون بدلاً عن مال يثبت الحيوان فيه ديناً في الذمة كالتزويج أو الخلع على عبد وسط أو

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من المطبوع.

(٢) ذكره ابن حجر في التلخيص الحبير (٣/٨).

المسلم فيه وهو اللحم مجهولاً، وأما العظم الذي في اللحم فقليل: فأمكن جعله تبعاً للحم لقلته كما في عظم الألية، ولو أسلم فيه وزناً اختلفوا فيه.

قال رحمه الله (و الجلود عدداً) اي لايجوز السلم فيه وكذا في الورق لا يجوز للتفاوت الفاحش فيهما إلا أن يبين فيهما ضرباً معلوماً وطولاً وعرضاً وصفة معلومة من الجودة والرداءة، فحينئذٍ يجوز السلم فيهما لإمكان ضبطهما، وكذا إذا كانا يباعان وزناً يجوز السلم فيهما بالوزن.

قال رحمه الله: **(والحطب حزماً والرطب جرزاً)** لأنه مجهول لا يعرف طوله وغلظه، حتى لو عرف ذلك بأن بين الحبل الذي يشد به الحطب والرطبة وبين طوله وضبط ذلك بحيث لا يؤدي إلى النزاع جاز.

قال رحمه الله **(والجوهر والخرز)** لأن آحادها متفاوتة تفاوتاً فاحشاً، وفي صغار اللؤلؤ التي تباع وزناً يجوز السلم فيها بالوزن لأنه مما يباع فأمكن معرفة قدره به.

قال رحمه الله: (والمنقطع) أي لايجوز السلم في الشيء المنقطع لأن شرط جوازه / أن يكون موجوداً من حين العقد **إلى حين المحل** حتى لو كان منقطعاً عند العقد موجوداً عند المحل أو بالعكس أو منقطعاً فيما بين ذلك لا يجوز وحدّ الانقطاع أن لا يوجد في الأسواق وإن كان في البيوت، وقال الشافعي رحمه الله: يجوز في المنقطع إذا كان موجوداً عند المحل لوجود القدرة عند وجوبه ولا معنى لاشتراطه قبل ذلك، ولنا ماروي عن أنس رضي الله عنه: «أن النبي ﷺ نهى عن بيع الثمرة حتى تزهي قالوا: وما تزهي، قال: تحمّر وقال: إذا منع الله الثمرة فبم يستحل أحدكم مال أخيه»[١] رواه مسلم و البخاري، وعن ابن عمر أن النبي ﷺ: «نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها، نهى البائع والمبتاع»[٢] رواه مسلم والبخاري وجماعة أخر، وفي [١٦٥/أ ٢/]

أمة وسط قياساً على إبل الدية وغرة الجنين اهـ إتقاني. **قوله في المتن: (والحطب حزماً أو الرطبة جرزاً إلخ)** ونقل في الخلاصة عن شرح الشافي فقال: ولا بأس بالسلم في القت وزناً اهـ إتقاني. **قوله في المتن: (والجوهر والخرز إلخ)** والأصل أن كل معدود تتفاوت آحاده في المالية لا يجوز السلم فيه كالبطيخ والرمان والجواهر واللآلئ بهذه المثابة لأنك ترى بين لؤلؤتين تفاوتاً فاحشاً في المالية وإن كان بينهما اتفاق في العدد والوزن اهـ إتقاني. **قوله: (إلى حين المحل)** والمحل بكسر الحاء مصدر قولك حل الدين اهـ غاية. **قوله في المتن:**

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) أخرجه البخاري في البيوع (٢١٩٤)، ومسلم في البيوع (١٥٣٤)، والترمذي في البيوع (١٢٢٧)، والنسائي في البيوع (٤٥١٩)، وأبو داود في البيوع (٣٣٦٧)، وابن ماجة في التجارات (٢٢١٤)، وأحمد في مسنده (٥٢٧٠).

لفظ حتى تبيض وتأمن من العاهة وهذا نص على أنه لا يجوز في المنقطع في الحال إذ الحديث ورد في السلم، لأن بيع الثمار بشرط القطع جائز لا يمنع أحد بيع مال معين منتفع به في الحال، أو في المآل، وقوله عليه السلام: «فبم يستحل أحدكم مال أخيه» وهو رأس مال السلم يدل عليه، لأن احتمال بطلان البيع بهلاك المبيع قبل القبض لا يؤثر في المنع من البيع ولأن القدرة على التسليم حال وجوبه شرط لجوازه وفي كل وقت بعد العقد يحتمل وجوبه بموت المسلم إليه، لأن الديون تحل بموت من عليه الدين فيشترط دوام وجوده لتدوم القدرة على التسليم، لأن جوازه على خلاف القياس فيجب الاحتراز فيه عن كل خطر يمكن وقوعه، لأن المحتمل في باب السلم كالواقع ولأن القدرة على التسليم بالتحصيل في المدة، ولا بد من استمرار الوجود فيها ليتمكن من التحصيل ولو انقطع عن أيدي الناس بعد المحل قبل أن يوفي المسلم فيه فرب السلم بالخيار إن شاء فسخ العقد وأخذ رأس ماله وإن شاء انتظر وجوده، وقال زفر رحمة الله: يبطل العقد ويسترد رأس ماله للعجز عن تسليمه كما إذا هلك المبيع قبل القبض، قلنا: إن السلم قد صح وتعذر تسليم المعقود عليه بعارض على شرف الزوال فيخير فيه كما إذا أبق العبد المبيع قبل القبض، بخلاف هلاك المبيع قبل القبض لأنه قد فات لا إلى خلف، وبخلاف ما إذا اشترى بالفلوس شيئاً وكسدت حيث يبطل البيع بها لأنها تفوت أصلاً، ولا يرجى زواله ولو رجى لا يعلم متى تروج بخلاف ما نحن فيه فإن لإدراك الثمن والقدرة على التسليم أواناً معلوماً فيتخير.

قال رحمه اللّه: (**والسمك** الطري) أي لا يجوز السلم في السمك الطري لأنه ينقطع عن أيدي الناس في الشتاء لانجماد المياه، حتى لو كان في بلد لا ينقطع فيه السمك أو أسلم فيه في حينه جاز وزناً لا عدداً، وعن أبي حنيفة رحمه اللّه أنه لا يجوز في الكبار التي تنقطع كالسلم في اللحم لاختلاف الناس في نزع عظمها واختلاف رغباتهم في مواضعها.

قال رحمه اللّه: (وصح وزناً لو مالحاً) أي إن كان السمك مالحاً جاز السلم فيه وزناً لا عدداً لأن المالح منه وهو القديد لا ينقطع عن أيدي الناس وهو معلوم يمكن

(**والسمك إلخ**) وفي شرح الطحاوي السلم في السمك لا يخلو إما أن يكون طرياً أو مالحاً، ولا يخلو إما أن يسلم فيه عدداً أو وزناً فإن أسلم فيه عدداً طرياً كان أو مالحاً لا يجوز لأنه متفاوت، وإن أسلم فيه وزناً فإنه ينظر إن كان مملوحاً يجوز، وإن كان طرياً إن كان العقد في حينه والأجل في حينه، ولا ينقطع فيما بين ذلك فإنه يجوز وإلا فلا اهـ عيني. قوله:

ضبطه ببيان قدره بالوزن وبيان نوعه، وذكر في النهاية معزياً إلى الإيضاح أن الصحيح في الصغار منه يجوز وزناً وكيلاً، وفي الكبار روايتان.

قال رحمه الله: (واللحم) أي لا يجوز السلم في اللحم وهذا عند أبي حنيفة **وقالا: يجوز** إن بين جنسه ونوعه وسنه وموضعه وصفته وقدره كشاة خصي ثني سمين من الجنب أو الفخذ مائة رطل لأنه موزون مضبوط الوصف، **ولهذا يضمن بالمثل عند الإتلاف** ويصح استقراضه وزناً وهو لا يصح إلا في ذوات/ [١٦٥ب/٢] الأمثال، ويجري فيه ربا الفضل بعلة الوزن فصار كالألية وشحم البطن **بخلاف لحم الطيور فإنه لا يقدر على وصف موضع منه وتضمنه غير مقصود** وهو العظيم لا يمنع الجواز كتضمن التمر والمشمش والخوخ النوى وكتضمن الألية العظم، ولأبي حنيفة أن اللحم يختلف باختلاف صفته من سمن وهزال، ويختلف باختلاف فصول السنة فما يعد سميناً في الشتاء يعد مهزولاً في الصيف، ولأنه يتضمن عظاماً غير معلومة وتجري فيه المماكسة فالمشتري يأمره بالنزع والبائع يدسه فيه، وهذا النوع من الجهالة والمنازعة لا ترتفع ببيان الموضع وذكر الوزن فصار كالسلم في الحيوان بخلاف النوى في الثمار أو العظم في الألية فإنه معلوم، ولهذا لا تجري فيه المماكسة وفي مخلوع العظم لا يجوز على الوجه الأول وهو الأصح لأن الحكم إذا علل بعلتين لا ينتفي الحكم بانتفاء إحداهما لما عرف في موضعه، **والتضمين بالمثل ممنوع** فإنه من ذوات القيم في رواية

(**وقالا: يجوز**) قال الإتقاني: فعندهما يجوز السلم في اللحم إذا بين الجنس بأن قال: لحم شاة والسن بأن قال: ثني والنوع بأن قال: ذكر والصفة بأن قال سمين: والموضع بأن قال: من الجنب والقدر بأن قال: عشرة أمناء اهـ **قوله**: (**ولهذا يضمن بالمثل عند الإتلاف**) يعني إن غاصب اللحم إذا أتلفه يضمن المثل وزناً اهـ **قوله**: (**بخلاف لحم الطيور**) أي فإنه لا يجوز السلم فيه اهـ إتقاني. **قوله**: (**فإنه لا يقدر على وصف موضع منه**) أي لقلة لحمه اهـ غاية. **قوله**: (**وتضمنه غير مقصود**) أي تضمن اللحم شيئاً غير مقصود وهو جواب عن شيء يرد وهو قوله، ولأنه يتضمن عظاماً اهـ قال الإتقاني رحمه الله: ولأبي حنيفة رحمه الله وجهان أحدهما أنه يختلف بقلة العظم وكثرته فتثبت الجهالة وهي تؤدي إلى المنازعة فلا يصح السلم مع الجهالة لإفضائه إلى المنازعة فعلى هذا يجوز السلم في منزوع العظم قال صاحب المختلف: وهي رواية الحسن بن زياد عن أبي حنيفة. والثاني أنه يختلف باختلاف السمن والهزال لقلة الكلأ، وكثرته على اختلاف الأوقات فيفضي إلى الجهالة المفضية إلى المنازعة فلا يصح السلم، وعلى هذا لا يجوز السلم في منزوع العظم قال صاحب المختلف: وهو رواية ابن شجاع عنه وهذا الوجه هو الأصح اهـ **قوله**: (**والتضمين بالمثل ممنوع إلخ**) قال الإتقاني: وقولهما أن الغاصب يضمن المثل قلنا: ذاك ممنوع على مذهب

بيوع الجامع، **وكذا لا يجوز استقراضه** ولئن سلم فيهما فهو معاين عند الإتلاف والاستقراض فيمكن ضبطه بالمشاهدة بخلاف الموصوف في الذمة، وقيل: لا خلاف بينهم فجواب أبي حنيفة فيما إذا أطلق السلم في اللحم وهما لا يجوزانه فيه وجوابهما فيما إذا بين موضعاً منه معلوماً وهو يجوّزه فيه، والأصح أن الخلاف فيه ثابت.

قال رحمه الله: (ومكيال أو ذراع لم يدر قدره) أي لا يجوز السلم بذراع معين أو بمكيال معين لا يعرف قدره لأنه يحتمل أن يضيع فيؤدي إلى النزاع **بخلاف البيع به حالاً حيث يجوز**، لأن التسليم فيه يجب في الحال فلا يتوهم فوته وفي السلم يتأخر التسليم فيخاف فوته وقد ذكرناه في أوّل البيوع وفي الهداية، ولا بدّ أن يكون المكيال مما لا ينقبض ولا ينبسط كالقصاع مثلاً، وإن كان مما ينكبس بالكبس كالزنبيل والجراب لا يجوز للمنازعة إلا في قرب الماء للتعامل فيه، كذا عن أبي

أبي حنيفة رحمه الله بل على مذهب أبي حنيفة يضمن القيمة، ألا ترى ما قال في الجامع الكبير في باب الاستحقاق في البيع: ولو أن رجلاً غصب من رجل لحماً فشواه ثم جاء إنسان واستحق ذلك لا يسقط ضمان الغصب وكان للمغصوب منه أن يضمنه قيمة اللحم، قال الشيخ أبو المعين النسفي في شرح الجامع الكبير قول محمد: في هذه المسألة كان للمغصوب منه أن يضمنه قيمة اللحم نص على أن اللحم مضمون بالقيمة دون المثل، ولا توجد الرواية أنه من ذوات القيم وليس بمثلي إلا في هذا الموضع يعني في الجامع الكبير ولهذا قال صاحب الفتاوى الصغرى: تضمين اللحم بالمثل قولهما ثم قال: ورأيت وسط غصب المنتقى روى أبو يوسف عن أبي حنيفة إذا استهلك لحماً قال: عليه قيمته اهـ **قوله: (وكذا لا يجوز استقراضه)** قال الإتقاني: ونمنع الاستقراض وزناً، فنقول ذلك مذهبهما ولئن سلمنا أن اللحم مضمون بالمثل على ما ذكر في التتمة عن اختيار شيخ الإسلام علاء الدين الإسبيجابي أن اللحم مضمون بالمثل، وإنما يضمن بالقيمة إذا انقطع عن أيدي الناس فنقول: ذاك باعتبار أن المثل أعدل من القيمة لأن الأصل في ضمان العدوان المثل والمماثلة في مثل الشيء صورة ومعنى فيكون أعدل من القيمة لأنها مثل معنى لا صورة وليس استقراض اللحم كالسلم فيه لأن السلم لا يكون إلا مؤجلاً فعند حلول الأجل لا يعلم اللحم على أي حال يكون من السمن والهزال بخلاف الاستقراض، فإن القبض فيه حال معاين فلا تقع المنازعة فيه بخلاف السلم فظهر الفرق اهـ **قوله: (بخلاف البيع به حالاً حيث يجوز)** أي فإنه إذا قال: بعت منك من هذه الصبرة بملء هذا الإناء بدرهم ولا يدري كم يسع الإناء فالبيع جائز، وروى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة أنه قال: لايجوز البيع أيضاً لأنه بيع ليس بمجازفة ولا مكايلة وبيع الحنطة إنما يجوز على إحداهما اهـ إتقاني. **قوله في**

يوسف وهذا لا يستقيم في السلم لأنه إن كان لا يعرف قدره فلا يجوز السلم به كيفما كان لما ذكرنا، وإن كان يعرف قدره فالتقدير به لبيان القدر لا لتعينه فكيف يتأتى فيه الفرق بين المنكبس وغير المنكبس أو التجويز في قرب الماء، وإنما يستقيم هذا التفصيل في البيع إذا كان يجب تسليمه في الحال حيث يجوز بإناء لا يعرف قدره، ويشترط في ذلك الإناء أن لا ينكبس ولا ينبسط ويقيد فيه استثناء قرب الماء أيضاً.

قال رحمه الله: (وبر قرية وتمر نخلة **بعينه**) أي لا يجوز السلم فيهما لاحتمال أن يعتريهما آفة فلا يقدر على تسليمهما، وإليه أشار عليه السلام بقوله: «إذا منع الله الثمرة فبم يستحل أحدكم مال أخيه» **ولو كانت النسبة لبيان النوع** بأن كان له نظير فلا بأس به، وكذا إذا نسبه إلى إقليم لا يتوهم انقطاعه كالشام والعراق.

قال رحمه الله: (وشرطه بيان الجنس والنوع والصفة والقدر والأجل) كقوله: حنطة سقية جيدة عشرة أكرار إلى شهر لأن الجهالة تنتفي بذكر هذه الأشياء، وقال الشافعي رحمه الله: الأجل ليس بشرط لجوازه لما روي أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان ورخص في السلم مطلقاً، واشتراطه الأجل فيه زيادة على النص، ولأنه بيع ما في الذمة فيصح حالاً كالمعين والمعنى فيه أنه معاوضة مال بمال **فيكون فيه الأجل جائزاً** ترفيهاً لا شرطاً كغيره من أنواع البيوع والإجارات، ولأن الظاهر/ أن العاقل لا يلتزم ما لا يقدر عليه فكان قادراً على تسليمه ظاهراً، وذلك يكفي لجواز العقد ولو لم يكن قادراً على التسليم كان قادراً بما يدخل في ملكه من [١٦٦/١ /٢]

المتن: (بعينه) كذا بخط الشارح والذي في نسخ المتن معينة اهـ **قوله: (ولو كانت النسبة لبيان النوع)** قال في الهداية: ولو كانت النسبة إلى قرية لبيان الصف لا بأس به على ما قالوا كالخشرماني ببخارى والبساخي بفرغانة اهـ قوله: لبيان الصفة يعني لبيان الجودة قوله: لا بأس به على ما قالوا: أي على ما قال المشايخ: كالخشرماني ببخارى وهو نوع من الحنطة مسمى بذلك ثمة والبساخي بفرغانة وهو أيضاً نوع من الحنطة عندهم، وكذا إذا ذكر النسبة في الثوب لبيان الصفة كما إذا قال: زندنيجي يجوز لأن الثوب الزندنيجي ما ينسج على صفة معلومة سواء نسج في تلك القرية أو غيرها، قال في خلاصة الفتاوى: لو كان ذكر النسبة لبيان الصفة لا لتعيين المكان كالخشرماني ببخارى فإنه يذكر لبيان الجودة فلا يفسد السلم وإن توهم انقطاع حنطة ذلك الموضع اهـ إتقاني رحمه الله. **قوله: (فيكون فيه الأجل جائزاً إلخ)** قال في الهداية: ولا يجوز السلم إلا مؤجلاً قال الكمال: وهو قول مالك وأحمد وقال الشافعي رحمه الله: يجوز السلم الحال [illegible]

رأس المال بواسطة التحصيل به، ولهذا أوجبنا تسليم رأس المال على رب السلم أوّلاً قبل قبضه المسلم فيه بخلاف الكتابة على أصله، فإنه يخرج من يد مولاه غير مالك لشيء فلا يقدر على الأداء في الحال فيشترط فيها التأجيل ليتمكن من التحصيل، ولنا قوله عليه السلام: «من أسلم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم»[1] فشرط فيه إعلام الأجل كما شرط إعلام القدر فكان لازماً كالقدر، وهذا لأن المشروع بصفة لا يوجد بدون تلك الصفة كالصلاة شرعت بوضوء فلا توجد بدونه والرهن شرع مقبوضاً فلا يوجد بدونه وهو نظير من قال: من دخل داري فليدخل غاض البصر لا يجوز له أن يدخلها إلا وهو كذلك وكمن قال: من أراد أن يصلي فليتوضأ **وما رواه حكاية حال** فلا عموم لها لاحتمال أن يكون المرخص هو المؤجل، ولأن القدرة على تسليم المعقود عليه شرط لصحة العقد فما به تثبت القدرة وهو الأجل الذي فيه يتمكن من تحصيله يكون شرطاً ضرورة، وهذا لأن الواجب في الأصل هو تعيين المعقود عليه ليكون قادراً على تسليمه بأبلغ الجهات حتى إذا كان لا يقدر على تسليمه مع تعيينه كالآبق ونحوه لا يجوز بيعه، فعلم بذلك أن البيع من غير تعيين المبيع، أو عند عدم القدرة على التسليم حرام وإنما أجيز في السلم من غير تعيين المبيع رخصة لأجل المفاليس لما روينا، والرخصة اسم لما استبيح مع قيام الدليل المحرم والحرمة لعذر تيسيراً على العباد والعذر هنا هو العجز عن التسليم لعسرته، والعجز بسبب العدم لا يرتفع إلا بالتمليك والإمهال إلى زمان التحصيل أو الحصاد فأسقط التعيين لحاجة المفاليس، وعوّض الأجل لتقوم القدرة على التحصيل مقام القدرة على التسليم حقيقة بخلاف الكتابة، لأن البدل فيها معقود به لا معقود عليه والشرط أن يقدّر على تسليم المعقود عليه، لأنه كالثمن حتى جاز استبداله قبل القبض والتعيين فلا يجب تعيينه حتى يقام الأجل مقام التعيين ولا يدخله رخصة، لأن عدمه أصل وليس بعارض للعذر، ولأن الكتابة عقد إرفاق فيصبر عليه المولى ظاهراً ولا يضيق عليه بالمطالبة بالبدل إذ لو أراد

النص وهو قوله ورخص في السلم والظاهر أنهم لا يستدلون لأنهم أهل حديث وهذا لا يثبت إلا من كلام الفقهاء، وإنما الوجه عندهم أنه لا دليل في اشتراط الأجل فوجب نفيه اهـ **قوله: (وما رواه حكاية حال)** والجواب عما روي أنه عليه الصلاة والسلام رخص في السلم فنقول: ذلك يدل على جواز السلم بطريق الرخصة للضرورة ونحن نقول به ولكن لا ضرورة في سلم الحال، لأنه إذا كان قادراً [illegible]

التضييق عليه لما كاتبه أصلاً إذ العبد وكسبه له، وأما السلم فعقد تجارة وهو مبني على المماكسة والمضايقة فالظاهر أنه يطالبه به عقب العقد وهو عاجز عن تسليمه فيؤخر بالتأجيل ليتمكن من التحصيل ولا يكون له عليه سبيل، وإلا لزم أن يكون العوضان فيه يجب تسليمهما في المجلس كغيره من البياعات ولا يمكنه من التحصيل بالمطالبة والحبس، وهذا ينافي معنى الرخصة لأجل الفقر والمسكنة وما كان شرعيته إلا نفعاً لهم فانقلب ضرراً عليهم، ولا يقال: لو كان مشروعاً لدفع حاجة المفاليس لما جاز لغير المفلس لأنا نقول: الشيء في السلم لا يباع عادة إلا بأقل ولا يقدم على مثله إلا المحتاج فدلنا إقدامه على هذا البيع على أنه محتاج فأقيم ذلك مقام الحاجة لتعذر الوقوف عليها كما أقيم السفر مقام المشقة والنوم مضطجعاً مقام الخروج لتعذر الوقوف عليهما، وشرط أن يكون الأجل معلوماً لما روينا، ولأنه إذا لم يكن معلوماً/ يفضي إلى المنازعة. [١٦٦ب/٢]

قال رحمه الله: (وأقله شهر) أي: أقل الأجل شهر روي ذلك عن محمد لأن ما دونه عاجل والشهر وما فوقه آجل، ألا ترى أن المدين إذا حلف ليقضين دينه عاجلاً فقضاه قبل تمام الشهر بر في يمينه، فإذا كان ما دون الشهر في حكم العاجل كان الشهر وما فوقه في حكم الآجل وقيل: ثلاثة أيام **رواه الطحاوي عن أصحابنا اعتباراً بشرط الخيار**، وقيل: أكثر من نصف يوم لأن المعجل ما كان مقبوضاً في المجلس والمؤجل ما يتأخر قبضه عن المجلس ولا يبقى المجلس بينهما عادة أكثر من نصف يوم، **وعن الكرخي أنه ينظر إلى مقدار المسلم** فيه، وإلى عرف الناس في التأجيل في مثله فإن أجل فيه قدر ما يؤجل الناس في مثله جاز وإلا فلا **والأوّل أصح** وبه يفتى.

قال رحمه الله: (وقدر رأس المال في المكيل والموزون والمعدود) أي شرطه بيان قدر رأس المال **إذا كان العقد يتعلق على مقداره** مثل المكيل والموزون والمعدود، وهذا عند أبي حنيفة وقالا: لا يحتاج إلى بيان قدر رأس المال إذا كان معيناً لأنه صار معلوماً بالإشارة، فلا يشترط إعلام قدره كما في الثمن والأجرة والمذروعات والمعنى

والمقصود اهـ إتقاني. **قوله: (رواه الطحاوي عن أصحابنا اعتباراً بشرط الخيار)** أي وليس بصحيح لأن التقدير ثمة بالثلاث بيان أقصى المدة، فأما أدناه فغير مقدر اهـ فتح وغاية. **قوله: (وعن الكرخي أنه ينظر إلى مقدار المسلم إلخ)** قال الكمال وقال الصدر الشهيد: الصحيح ما روي عن الكرخي أنه مقدار ما يمكن تحصيل المسلم فيه وهو جدير أن لا يصح لأنه لا ضابط محقق فيه، وكذا ماعن الكرخي من رواية أخرى أنه ينظر إلى مقدار المسلم فيه وإلى عرف الناس في تأجيل مثله كل هذا تنفتح فيه المنازعات بخلاف المقدار المعين من الزمان اهـ **قوله: (والأوّل أصح)** أي تقدير الأجل بشهر اهـ **قوله: (إذا كان العقد**

فيه أن معرفة العوض إنما تشترط احترازاً عن المنازعة، وجهالة قدره بعد التعيين بالإشارة لا تفضي إلى المنازعة كجهالة القيمة فلا يشترط معرفته كما لا يشترط معرفة القيمة، ولأبي حنيفة رحمه اللّه أن جهالة قدر رأس المال قد تفضي إلى جهالة المسلم فيه بأن ينفق بعضه ثم يجد بالباقي عيباً فيردّه، ولا يتفق له الاستبدال في مجلس الردّ فينفسخ العقد في المردود ويبقى في غيره ولا يدري قدره ليبقى العقد بحسابه فيفضي إلى جهالة المسلم فيه فيجب التحرز عن مثله **وإن كان موهوماً**، ألا ترى أنه لا يجوز بكيل معين أو بوزن معين لم يعرف مقداره لتوهم هلاكه ولأنه ربما يعجز عن تسليم المسلم فيه فيحتاج إلى فسخ العقد بعدما أنفق رأس المال فيفسخانه، ولا يدري كم يردّ فيفضي إلى المنازعة أو إلى الربا **فيجب التحرز عن كل موهوم لشرعه مع** المنافي إذ هو بيع المعدوم، ألا ترى أنه عليه السلام قال: «إذا منع اللّه الثمرة فبم يستحل أحدكم مال أخيه»[1] بخلاف ما إذا كان رأس المال ثوباً لأن الذرع وصف فيه **فلا ينقسم الثمن عليه، ولا يتعلق العقد به** على ما بينا من قبل فجهالته لا تؤدّي إلى جهالة المسلم فيه **ومن فروعه** إذا أسلم في جنسين، ولم يبين رأس مال أحدهما بأن أسلم مائة درهم في كر حنطة وكر شعير ولم يبين حصة واحد منهما من رأس المال، لأنه ينقسم عليهما باعتبار القيمة وهي تعرف بالحزر فلا يكون معلوماً أو أسلم جنسين، ولم يبين قدر أحدهما بأن أسلم دراهم ودنانير في مقدار معلوم من البر فبين قدر أحدهما ولم يبين الآخر، لأن رأس المال لا يكون معلوماً بمعرفة بعضه إذ لا يعلم به ما يخصه من المسلم فيه، والمراد بالمعدود هنا ما لا تتفاوت آحاده لأنه حينئذٍ يتعلق العقد بقدره لأنه من المقدرات.

قال رحمه اللّه: (ومكان الإيفاء فيما له حمل ومؤنة من الأشياء) أي شرط جوازه بيان مكان إيفاء المسلم فيه إذا كان له حمل ومؤنة وهذا عند أبي حنيفة رحمه اللّه، وقالا: ليس بشرط ويوفيه في موضع العقد لأن التسليم موجب العقد فيتعين/ [١٦٧/أ/٢]

يتعلق على مقداره) احترز عن المذروع اهـ **قوله: (وإن كان موهوماً)** أي والموهوم في عقد السلم كالمتحقق لأن الأصل عدم الجواز بكونه بيع معدوم، وإنما جوّز إذا وقع الأمن عن الغرر من كل وجه، وإذا بقي نوع غرر بقي الأمر على ما كان وهو عدم الجواز اهـ إتقاني. **قوله: (فيجب التحرز عن كل موهوم لشرعه)** أي لشرع السلم اهـ **قوله: (مع)** أي الدليل اهـ **قوله: (فلا ينقسم الثمن عليه)** أي ثمن الثوب المسلم فيه اهـ **قوله: (ولا يتعلق العقد به)** أي على مقداره اهـ **قوله: (ومن فروعه)** أي ومن فروع الاختلاف في معرفة مقدار رأس المال اهـ

---

(١) تقدم تخريجه.

له موضع وجوده [كما في البيع، ولهذا وجب تسليم رأس مال السلم في ذلك المكان فكذا البدل الآخر إذ العقد يوجب المساواة لأنه السبب الموجب للأحكام المتعلقة به والتسليم من جملتها فيتعين له موضع وجوده](١) دلالة ما لم يعينا له مكاناً آخر بالنص فيتعين له ذلك المكان لأنه يفوق الدلالة بخلاف البيع حيث يبطل باشتراط تسليم المبيع في غير موضع العقد، لأن المشتري ملك المبيع بالعقد **فاشتراط النقل على البائع شرط فاسد** إذ العقد لا يقتضيه أو يكون إجارة في بيع فيكون مفسداً للنهي المعروف عن صفقة في صفقة ورب السلم لايملك المسلم فيه قبل التسليم فاشتراطه لا يكون اشتراط العمل في ملكه بل في ملك البائع، وذلك غير مفسد ولأنه لا يزاحمه مكان آخر فيتعين ضرورة **كأوّل أوقات الإمكان في الأوامر المطلقة** وصار كالقرض والغصب والإتلاف، ولأبي حنيفة أن تعين مكان العقد إما بالتعيين صريحاً أو ضرورة وجوب التسليم عليه في الحال، ولم يوجد إذ السلم لا يجوز إلا مؤجلاً فيكون التسليم متأخراً ضرورة بخلاف البيع والإتلاف والقرض والغصب لأنه واجب التسليم في الحال فتعين موضع وجود السبب ضرورة، ولأنه لو تعين مكان العقد لما جاز تغييره بالشرط كمكان المبيع في بيع العين، ولتعين مكان العقد فيما إذا عقدا في لجة البحر وفساده لا يخفى فإذا لم يتعين ولم يعينا مكاناً آخر بقي مجهولاً جهالة فاحشة فيؤدّي إلى المنازعة فيفسد كاختلاف الصفة، لأن قيمة ما له حمل ومؤنة تختلف باختلاف الأماكن كما تختلف باختلاف الصفة، ألا ترى أن الحطب في المدن أغلى منه في القرى، ولهذا قيل: إن الاختلاف في بيان مكان الإيفاء يوجب التحالف عنده **كالاختلاف في الصفة، وقيل: على عكسه** لأن تعيين المكان قضية العقد عندهما حتى لا يحتاج فيه إلى ذكره فكان اختلافاً في موجب العقد فيتحالفان كما لو اختلفا في البدل، وعنده قضية الشرط حتى احتيج فيه إلى

إتقاني. **قوله: (فاشتراط النقل على البائع شرط فاسد)** قال الكمال: وفي بيع العين لو شرط على البائع في المصر أن يوفيه إلى منزله والعقد في المصر جاز عند أبي حنيفة وأبي يوسف استحساناً وعند محمد لا يجوز هذا إذا لم يكن بين جوانب المصر مسافة بعيدة فإن كان لا يجوز البيع اهـ **قوله: (كأوّل أوقات الإمكان في الأوامر المطلقة)** يعني أن الجزء الأول من الوقت يتعين لنفس الوجوب وإن لم يتعين لوجوب الأداء لعدم مزاحمة جزء آخر اهـ وكتب على قوله: المطلقة ما نصه هذا إنما يتمشى على قول الكرخي اهـ **قوله: (كالاختلاف في الصفة)** أي في الجودة والرداءة في أحد بدلي السلم اهـ **قوله: (وقيل: على عكسه)** يعني لا يتحالفان

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من المطبوع.

ذكره **فصار كالاختلاف في شرط الخيار** والأجل، وعلى هذا الاختلاف الثمن والأجرة والقسمة إذا كان لها حمل ومؤنة وهي دين في الذمة مؤجلة بأن اشترى شيئاً أو استأجره بحنطة في الذمة موصوفة أو اقتسما شيئاً وجعلا لأحدهما مكيلاً موصوفاً في الذمة إلى أجل، فعنده يشترط بيان مكان الإيفاء في الصحيح حتى يفسد إذا لم يبين، وعندهما لا يشترط فيسلم في مكان البيع ومكان تسليم العين المستأجرة وفي موضع القسمة ثم إذا عين مصراً جاز لأنه مع تباين أطرافه كبقعة واحدة في حق هذا الحكم، لأن قيمته لا تختلف باختلاف المحلة من مصر واحد ولهذا لو استأجر دابة ليعمل عليها بالمصر فله أن يعمل عليها في أي مكان كان، وكذا لو دفع ماله إلى رجل مضاربة ليعمل في المصر فله أن يعمل في أي مكان شاء، وقيل: هذا إذا لم يكن المصر عظيماً فإن كان عظيماً يبلغ بين نواحيه فرسخاً لا يجوز ما لم يبينا ناحية منه **لأن جهالته مفضية إلى المنازعة**، ولو شرط أن يوفيه في منزله جاز استحساناً، والقياس أن لا يجوز لأن المنزل مجهول وقد يتبدل فلا يعلم وجه الاستحسان أنه يراد به المنزل حال حلول الأجل عادة، والظاهر بقاؤه في منزله إليه ولو شرط الحمل إلى منزله قيل: يجوز لأنه اشتراط الإيفاء فيه وقيل: لا يجوز لأن الحمل لا يقتضيه العقد، وإنما يقتضي الإيفاء وهو يتصوّر بدون الحمل فيكون اشتراطه مفسداً، وإن شرط أن يوفيه في موضع ثم يحمله إلى منزله لا يجوز لأنه يملكه بالإيفاء ثم اشتراط الحمل يكون إجارة في بيع فلا يجوز.

قال رحمه الله: (وما لا حمل له يوفيه حيث شاء) وهذا على إطلاقه قول أبي حنيفة سواء بينا مكان الإيفاء أو لم يبينا، **لأن ماليته لا تختلف باختلاف/ الأماكن** فلا [١٦٧ ب/٢] يفيد تعيينه فيلغو وقيل: إن لم يبين فيه مكان الإيفاء يتعين موضع العقد عنده **وهو الأظهر من قولهما** لأنه موضع الالتزام **وهو رواية الجامع الصغير والبيوع**، وإن بين يتعين

عند أبي حنيفة بل القول: قول المسلم إليه وعندهما يتحالفان هكذا ذكر الخلاف القدوري وصاحب الإيضاح وصاحب الكفاية اهـ إتقاني رحمه الله. **قوله: (فصار كالاختلاف في شرط الخيار والأجل)** أي فلا يتحالفان ويكون القول قول المسلم إليه اهـ **قوله: (لأن جهالته مفضية إلى المنازعة)** ذكره في المحيط اهـ فتح. **قوله: (لأن ماليته لا تختلف باختلاف الأماكن)** قال الكمال: إذ المالية لا تختلف باختلاف الأماكن فيما لا حمل له ولا مؤنة بل بعزة الوجود وقلته وكثرة رغبات الناس وقلتها بخلاف ما له مؤنة اهـ فتح. **قوله: (وهو الأظهر من قولهما)** قال الكمال: ولو عين مكاناً قيل: لا يتعين لأنه لا يفيد والشرط الذي لا يفيد لا يجوز وقيل: يتعين لأنه يفيد سقوط خطر الطريق وهو الأصح ذكره في التحفة اهـ قوله: لأنه لا يفيد أي لأن ماليته لا تختلف باختلاف الأماكن اهـ **قوله: (وهو رواية الجامع الصغير**

ذلك لأنه قد يفيد أمن خطر الطريق فيتعين فحاصله أن فيما لا حمل له ولا مؤنة **كالمسك والزعفران** وما أشبههما لا يحتاج فيه إلى تعيين مكان الإيفاء بالإجماع، وإن اختلفت رواياتهم فيه في التخريج في أي مكان يجب تسليمه على ما بينا.

قال رحمه الله: (وقبض رأس المال قبل الافتراق) أي شرط جواز السلم قبض رأس المال قبل أن يفترقا والمراد شرط بقائه على الصحة لأنه ينعقد صحيحاً ثم يبطل بالافتراق لا عن قبض، وإنما شرط قبضه قبل الافتراق لأن السلم ينبئ عن أخذ عاجل بآجل وذلك بالقبض قبل الافتراق ليكون حكمه على وفق ما يقتضيه اسمه كما في الحوالة والكفالة والصرف، ولا فرق في ذلك بين أن يكون رأس المال مما يتعين أو لا لما ذكرنا، ولأنه فيما لا يتعين يلزم الافتراق عن دين بدين وهو منهي عنه ولأنه لا بد من تسليمه إليه ليتصرف فيه فيقدر على تسليم المسلم فيه، **ولهذا قلنا: لا يجوز اشتراط الخيار فيه** لأنه يمنع تمام القبض إذ القبض لا يتم إلا إذا كان مبنياً على الملك وخيار الشرط يمنع ثبوت الملك، لأنه يمنع انعقاد العقد في حق الحكم فيمنع تمام القبض والافتراق فيه قبل تمامه مبطل للعقد، وكذا لا يثبت في المسلم فيه خيار الرؤية **لأنه غير مفيد** لأنه دين في الذمة فكلما رده عليه بخيار الرؤية أعطاه غيره لكونه لا يتعين فلا يفيد بخلاف خيار العيب في رأس المال، وخيار الرؤية فيه حيث يثبتان فيه إذا كان مما يتعين بالتعيين لأنهما يفيدان الفسخ بالرد، ولأن خيار العيب لا يمنع تمام الصفقة بالقبض **وبخلاف الاستحقاق** لأن الاستحقاق لا يمنع تمام القبض حتى لو أجاز المالك العقد بعد الافتراق عن قبض جاز، لأن السبب فيه مطلق وامتناع الحكم فيه ليس بمقتضى السبب بل لحق المالك، فإذا جاز التحقت الإجازة بحالة العقد بخلاف خيار الشرط لأنه يمنع انعقاده في حق الحكم وهو فوق الافتراق قبل القبض فيكون مبطلاً، **ولو أسقط خيار الشرط قبل الافتراق جاز إذا كان رأس المال قائماً** عند

والبيوع) أي: من أصل المبسوط اهـ فتح. **قوله: (كالمسك والزعفران)** أي والكافور وصغار اللؤلؤ يعني القليل منه وإلا فقد يسلم في أمناء من الزعفران كثيرة تبلغ أحمالاً اهـ كمال رحمه الله. **قوله: (ولهذا قلنا: لايجوز اشتراط الخيار فيه)** أي في رأس المال اهـ **قوله: (لأنه غير مفيد)** أي إذ فائدة خيار الرؤية ردّ المبيع والمسلم فيه دين في الذمة فإذا ردّ المقبوض عاد ديناً كما كان لأنه لم يردّ عين ما تناوله العقد فلا ينفسخ العقد بردّه بل يعود حقه في مثله اهـ فتح. **قوله: (وبخلاف الاستحقاق)** يعني إذا ظهر رأس المال مستحقاً للغير اهـ **قوله: (ولو أسقط خيار الشرط قبل الافتراق جاز إذا كان رأس المال قائماً)** قال الكمال: وإنما قيد بقوله ورأس المال قائم لأنهما لو أسقطاه بعد إنفاقه أو استهلاكه لا يعود صحيحاً اتفاقاً لأنه بالإهلاك صار ديناً في ذمة المسلم إليه فلو صح كان برأس مال هو دين وذلك لا يجوز،

إسقاط الخيار وإلا فلا، لأن الإتمام معتبر بالابتداء **وفيه خلاف زفر** وهو مبني على قاعدته أن العقد متى وقع فاسداً لا يعود صحيحاً عنده على ما بينا من قبل، **وجملة الشروط وجمعوها** في قولهم: إعلام رأس المال وتعجيله وإعلام المسلم فيه وتأجيله وبيان مكان الإيفاء والقدرة على تحصيله، ويدخل تحت قوله: إعلام رأس المال إعلام جنسه ونوعه **وصفته** وقدره، وكذا في المسلم فيه والمراد بالقدرة على تحصيله أن يكون موجوداً من حين العقد إلى حين المحل.

قال رحمه اللّه: (فإن أسلم مائتي درهم في كرّ برّ مائة ديناً عليه ومائة نقداً فالسلم في الدين باطل) أي في حصة الدين لأنه دين بدين وصح في حصة النقد لوجود قبض رأس المال في المجلس بقدره، ولا يشيع الفساد لأنه طارئ إذ السلم وقع صحيحاً في الكل، ولهذا لو نقد مائتين قبل الافتراق صح لأن الدين لا يتعين في العقد لكنه يبطل بالافتراق قبل نقد المائة الأخرى فلا يشيع البطلان الطارئ، كما إذا باع عبدين فهلك أحدهما قبل القبض بطل العقد فيه دون الآخر لما قلنا بخلاف ما إذا جمع بين حر وعبد فباعهما حيث يبطل فيهما، لأن البطلان فيه مقارن/ فيكون [١٦٨/أ ٢] في العبد بيعاً بالحصة ابتداء فلا يجوز لجهالة ثمنه، ولأن العقد الواحد لا يمكن وصفه بالصحة والبطلان، ولا فرق في ذلك بين أن يضيف إليهما كما ذكر في الكتاب أو يضيف إلى مائتين مطلقاً ثم يجعل المائة من رأس المال قصاصاً بما في ذمته من الدين في الصحيح، لأن المعنى يجمعهما وهو كون الفساد طارئاً إذ الدين لا يتعين

كما لا يجوز في ابتداء العقد ولأنه الآن في معنى الابتداء للعقد إذ قبل الإسقاط لم يكن للعقد وجود شرعاً اهـ **قوله: (وفيه خلاف زفر)** وقول الشافعي ومالك: كقول زفر اهـ فتح. **قوله: (وجملة الشرط جمعوها إلخ)** تبع فيه صاحب الهداية رحمه اللّه قال الكمال: فإعلام رأس المال يشتمل على بيان جنسه وصفته ونوعه وقدره وتعجيله يتم به خمسة وإعلام المسلم فيه يشتمل على مثلها خلا التعجيل وتأجيله، وبيان مكان الإيفاء تتم أحد عشر، وأما القدرة على تحصيله فالظاهر أن المراد منه عدم الانقطاع فإن القدرة بالفعل في الحال ليست شرطاً عندنا ومعلوم أنه لو اتفق عجزه عند الحلول وإفلاسه لا يبطل السلم، وقد بقي ما قدّمناه من كون المسلم فيه مما يتعين بالتعيين فلا يجوز في النقود وأن لا يكون حيواناً وانتقاد رأس المال إذا كان نقداً عند أبي حنيفة خلافاً لهما وأن لا يشمل البدلين إحدى علتي الربا، وعدم الخيار فظهر أن قوله: وجملة الشروط لم يتم ثم فرع على اشتراط القبض في السلم أنه لو أسلم مائتين في كر حنطة اهـ **قوله: (وصفته)** أي: ومن صفته أن يذكر من النقد الفلاني إذا كان في البلد نقود مختلفة المالية متساوية في الرواج، فإن لم تختلف وتساوت رواجاً يعطيه من أيها ولو تفاوت رواجاً أن صرف إلى غالب نقد البلد كما في

بإضافة العقد إليه، ألا ترى أنه لو باع عيناً بدين ثم تصادقا أن لا دين لا يبطل البيع، ولو تعين لبطل بخلاف ما لو تبايعا عيناً بدين وهما يعلمان أن لا دين حيث يبطل البيع لأنه بيع بلا ثمن ولا يقال: لو قال: أسلمت إليك هذه المائة والمائة التي لي على فلان يبطل العقد في الكل، وإن نقد الكل لأنا نقول: اشتراط تسليم الثمن على غير العاقد مفسد للعقد وفساده مقارن للعقد فيتعدى بخلاف ما نحن فيه على ما بينا ولو كان العين والدين مختلفي الجنس بأن كان له على آخر مائة درهم فأسلمها إليه وعشرة دنانير عين في أكرار معلومة لا يجوز في الكل، أما حصة الدين فلما ذكرنا، وأما حصة العين فلجهالة ما يخصه من المسلم فيه وهذا عند أبي حنيفة، وعندهما يجوز في حصة العين وهي مبنية على إعلام قدر رأس المال وقد بيناه، وعن زفر أن السلم في الكل باطل في الجنس الواحد أيضاً لأنه لما بطل في حصة الدين وجب أن يبطل في حصة غيره لأنه جعل القبول فيه شرطاً لصحته في الآخر فيفسد في الكل، وجوابه ما بينا أن العقد وقع صحيحاً لعدم تعين الدين ثم فساده في البعض لا يتعدى على ما تقدّم وإمامنا فيه ابن عباس رضي اللّه عنهما.

قال رحمه اللّه: (**ولا يصح التصرف في رأس المال والمسلم فيه قبل القبض** بشركة أو تولية) لأن المسلم فيه مبيع بدليل ما روي أنه عليه السلام «نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان ورخص في السلم»(١) والتصرف في المبيع المنقول قبل القبض لا يجوز على ما عرف في موضعه، ورأس المال مستحق القبض في المجلس والتصرف فيه يفوت القبض المستحق فلا يجوز، ألا ترى إلى قوله عليه السلام: «لا تأخذ إلا سلمك أو رأس مالك»(٢) فهذا يمنع التصرف فيهما قطعاً حيث لم يجوِّز أخذ غيرهما

البيع اهـ كمال رحمه اللّه. **قوله في المتن: (ولايصح التصرف في رأس المال إلخ)** وتجوز الحوالة والكفالة بالمسلم فيه لأنه دين مضمون كسائر الديون وقبضه من المسلم إليه بعينه ليس بشرط اهـ شرح تكملة قال في المحيط: وتصح الحوالة والكفالة والارتهان برأس المال ثم إن وجد قبض رأس المال أو هلك الرهن في مجلس المتعاقدين جاز وإلا بطل اهـ وكتب على قوله: ولا يصح التصرف إلخ ما نصه وإنما لم يجز التصرف في رأس المال قبل القبض لأن قبضه قبل الافتراق بالأبدان شرط لصحة عقد السلم حقاً للّه تعالى لئلا يلزم الكالئ بالكالئ فإذا جاز التصرف بالبيع والهبة ونحو ذلك يفوت الشرط فيفسد العقد وهذا معنى قوله لما فيه من تفويت القبض المستحق بالعقد اهـ إتقاني. **قوله: (والمسلم فيه قبل القبض)**

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) أخرجه البيهقي في سننه الكبرى، في كتاب الطهارة (٢/ ٢٧)، وذكره ابن الجعد في مسنده (٠/ ٥١).

بدلاً عنهما، ففي التولية تمليكه بعوض، وفي الشركة تمليك بعضه بعوض فلا يجوز، ولأن رأس المال له شبه بالمبيع حتى لا يجوز تفويت القبض فيه بالتمليك أو بالإبراء كالمبيع فأخذ حكمه.

قال رحمه الله: (**فإن تقايلا** السلم لم يشتر) رب المال (من المسلم إليه برأس المال شيئاً) يعني قبل قبضه بحكم الإقالة لقوله عليه السلام: «لا تأخذ إلا سلمك أو رأس مالك»[1] أي إلا سلمك حال قيام العقد أو **رأس مالك حال انفساخه** فامتنع الاستبدال، **ولأن رأس المال أخذ شبهاً بالمبيع** لأن الإقالة بيع في حق غيرهما ولا يمكن جعل المسلم فيه مبيعاً **لسقوطه** فتعين أن يجعل رأس المال مبيعاً وإن كان ديناً في الذمة، لأن كونه ديناً لا ينافي أن يكون مبيعاً كالمسلم فيه قبل القبض فصار رأس المال بعد الإقالة بمنزلة المسلم فيه قبلها فيأخذ حكمه من حرمة الاستبدال بغيره، ولأن الإقالة لما صارت بيعاً جديداً من وجه كان حكم رأس المال فيها كحكمه في البيع الأوّل وهو السلم تنزيلاً للخلف منزلة الأصل فيحرم استبداله بعد الإقالة كما كان يحرم قبلها إلا أنه لا يجب قبضه في المجلس بعدها، كما كان يجب قبلها لأن الإقالة ليست ببيع من كل وجه ولهذا جاز إبراؤه عنه وإن كان لا يجوز قبلها، وقال زفر والشافعي رحمهما الله: يجوز بيعه بعد الإقالة وهو القياس / لأنه لما بطل السلم بقي [١٦٨ ب/٢]

أي وإنما قيد بقوله قبل القبض احترازاً عما بعد القبض ولهذا قال في شرح الطحاوي: ولا بأس أن يبيع رب السلم سلمه بعد قبضه إياه مرابحة على رأس المال وأن يبيعه تولية وأن يبيع مواضعة وأن يشرك فيه غيره كما لو اشترى عيناً لأن المقبوض بعقد السلم يجعل في الحكم كعين ما ورد عليه العقد فصار كما لو اشترى عيناً برأس المال. **قوله في المتن: (فإن تقايلا إلخ)** هذه من مسائل الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل أسلم إلى رجل عشرة دراهم في كر حنطة فتقايلا السلم فأراد درب السلم أن يشتري برأس المال شيئاً قبل أن يقبضه قال: ليس له ذلك ولا يجوز شراؤه أعلم أوّلاً أن الإقالة في السلم كله أو بعضه تجوز إذا كان الباقي منه جزءاً معلوماً كالنصف ونحوه، وبه صرح الطحاوي في مختصره اهـ إتقاني. **قوله: (أو رأس مالك حال انفساخه)** فاستنبط منه أنه اعتبر كالمبيع فلا يجوز التصرف فيه قبل قبضه، وهذا أي كونه أخذ شبهاً بالمبيع بسبب أن الإقالة بيع جديد في حق ثالث غير المتعاقدين والشرع ثالث وعرف أن صحتها تتوقف على قيام المبيع إلى القبض، ألا ترى أنه لو هلك[2] ..... إلخ اهـ **قوله: (ولأن رأس المال أخذ شبهاً بالمبيع)** أي: لما كان هو المقصود اهـ إتقاني. **قوله: (لسقوطه)** أي بالإقالة اهـ إتقاني.

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) هنا بياض في الأصل.

رأس المال ديناً في ذمته فيصح الاستبدال به كسائر الديون، ووجه الاستحسان ما بيناه.

قال رحمه اللّه: (**ولو اشترى المسلم إليه كراً وأمر رب السلم** بقبضه قضاء لم يصح، وصح لو قرضاً أو أمره بقبضه له ثم لنفسه ففعل) معناه أن يكيله لنفسه بعد القبض ثانياً لأنه اجتمع هنا صفقتان صفقة بين المسلم إليه وبين المشتري منه وصفقة بين المسلم إليه وبين رب السلم كلاهما بشرط الكيل فلا بد من الكيل مرتين قضاء للصفقتين، ولم يوجد في الأولى وهو ما إذا أمر المسلم إليه رب السلم بقبضه من البائع قضاء بحقه فلم يصح ووجد في الثانية، وهو ما إذا أمره المسلم إليه بقبضه له بأن يكيله ثم يقبضه لنفسه بالكيل ثانياً فلهذا جاز، والأصل فيه ما روي أنه عليه الصلاة والسلام «نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان صاع البائع وصاع المشتري»[1] **ومحمله** على ما إذا اجتمعت الصفقتان فيه، وأما في صفقة

قوله في المتن: (ولو اشترى المسلم إليه كراً وأمر رب السلم إلخ) قال الكمال رحمه اللّه: ومن أسلم في كرّ وهو ستون قفيزاً أو أربعون على خلاف فيه والقفيز ثماني مكاكيك والمكوك صاع ونصف فلما حل الأجل اشترى المسلم إليه من رجل كرّاً وأمر رب السلم أن يقبضه قضاء عن المسلم فيه فاقتضاه رب السلم بأن اكتاله مرة وحازه إليه لم يكن مقتضياً حقه حتى لو هلك بعد ذلك يهلك من مال المسلم إليه، ويطالبه رب السلم بحقه وإن أمره أن يقبضه له أي للمسلم إليه ثم يقبضه لنفسه فاكتاله أي لرب السلم ثم اكتاله مرة أخرى لنفسه صار مقتضياً مستوفياً حقه، وهذا لأنه اجتمعت صفقتان لشرط الكيل فلا بدّ من الكيل مرتين لنهي النبي ﷺ: «عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان صاع البائع وصاع المشتري» وهذا هو مجمل الحديث على ما مر في الفصل الذي يلي باب المرابحة حيث قال المصنف: ومجمل الحديث اجتماع الصفقتين والفقه فيه أن المستحق بالعقد ما سمي فيه وهو الكرّ وهو إنما يتحقق بالكيل فكان الكيل معيناً للمستحق بالعقد وهذان عقدان فلا بد من توفير مقتضى كل عقد عليه، ألا ترى أن الثاني لو كاله فزاد لم تطب له الزيادة ووجب ردها حتى لو كان المشتري كاله لنفسه بحضرة المشتري الثاني فقبضه الثاني لا بدّ من أن يكيله إقامة لحق العقد الثاني والصفقتان شراء المسلم إليه من بائعه الكرّ والصفقة التقديرية التي اعتبرت بين المسلم إليه ورب السلم عند قبضه لأن المسلم إليه يصير بائعاً من رب السلم ما اشتراه لأن المأخوذ ليس عين حقه فإنه دين وهذا عين قاصصه به، وقد أخذوا في صحة الأمر أن يقبضه له ثم يقبضه لنفسه وعندي ليس هذا بشرط بل الشرط أن يكيله مرتين حتى لو قال له: اقبض الكرّ الذي اشتريته من فلان عن حقك فذهب

---

(١) تقدم تخريجه.

واحدة فيكتفى بالكيل فيه مرة في الصحيح فإن قيل: بيع المسلم إليه مع رب السلم سابق على شراء المسلم إليه من بائعه **فلم يكن المسلم إليه بائعاً لرب السلم بعد الشراء** فلا يدخل تحت النهي قلنا: السلم وإن كان سابقاً **فقبض المسلم فيه لاحق** والمقبوض بدل عن المسلم فيه حقيقة، وإن كان عينه حكماً احترازاً عن الاستبدال فكان بيعاً حقيقة ولأن استبدال المسلم فيه بجنسه جائز، ألا ترى أنه لو قضاه أجود مما شرطاه جاز، ولو حرم الاستبدال بجنسه لما جاز فكان استبدالاً حقيقة وحكماً فثبت أنه بيع جديد بعد الشراء فوجب الكيل ثانياً لأجله بخلاف ما إذا كان الكر قرضاً فاشترى المستقرض كراً **فأمر المقرض بقبضه قضاء لحقه** يجوز وإن لم يعد الكيل لأن القرض إعارة حتى ينعقد بلفظ الإعارة **فكان المقبوض عين حقه** تقديراً فلم يكن استبدالاً،

فاكتاله ثم أعاد كيله صار قابضاً لأن الفرض أنه لا يصير قابضاً لنفسه يالكيل الأوّل بل بالكيل الثاني فلما قال له: اقبضه عن حقك والمخاطب يعلم أن طريق صيرورته قابضاً لنفسه أن يكيله مرة للقبض عن الآمر، وثانياً ليصير هو قابضاً لنفسه فقبل ذلك صار قابضاً حقه، كأنه قال له: اذهب فافعل ما تصير به قابضاً ولفظ الجامع يفيد ما قلنا: فإنه لم يزد على قوله: فاكتاله ثم اكتاله لنفسه جاز اهـ وكتب على قوله: ولو اشترى المسلم إليه إلخ ما نصه هذه من مسائل الجامع الصغير وأصل هذا أن العقد إذا وقع مكايلة أو موازنة لم يجز للمشتري أن يتصرف حتى يعيد الكيل أو الوزن ثانياً اهـ إتقاني. **قوله: (ومحمله)** أي محمل الحديث اهـ **قوله: (فلم يكن المسلم إليه بائعاً لرب السلم بعد الشراء)** أي فلم تجتمع الصفقتان اهـ فتح. **قوله: (فقبض المسلم فيه لا حق)** أي لشرائه من بائعه وأنه أي قبض المسلم إليه بمنزلة ابتداء البيع لأن العين غير الدين حقيقة واعتباره عينه في حق حكم خاص وهو صحة قبضه عن المسلم فيه كيلا يلزم الاستبدال به قبل قبضه لا يستلزم اعتباره إياه مطلقاً فأخذ العين عنه في حكم عقد جديد فيتحقق بيع المسلم إليه بعد شرائه من بائعه، والدليل على هذا الاعتبار ما قال في الزيادات: لو أسلم مائة في كر ثم اشترى المسلم إليه من رب السلم كر حنطة بمائتي درهم إلى سنة فقبضه فلما حل السلم أعطاه ذلك الكرّ لم يجز لأنه اشترى ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن يريد أن رب السلم اشترى ما باعه، وهو الكر قبل نقد الثمن بأقل مما باعه وإنما يلزم ذلك إذا جعلا عند العقد كأنهما جدّدا عقداً، ومثل هذا فيما لو أسلم في موزون معين واشترى المسلم إليه موزوناً كذلك إلخ لا يجوز قبض رب السلم بخلاف ما لو اشترى المسلم إليه حنطة مجازفة أو ملكها بإرث أو هبة أو وصية وأوفاه رب السلم فكاله مرة وتجوّز به يكتفى بكيل واحد لأنه لم يوجد إلا عقد بشرط الكيل وهو السلم، ولو اشترى المعدود عدّاً أو أسلم في معدود فعلى الروايتين في وجوب إعادة العد في بيع المعدود بعد شرائه عداً اهـ كمال رحمه اللّه. **قوله:**

ولو كان استبدالاً للزم مبادلة الجنس بجنسه نسيئة فلم تتحقق الصفقتان فيكتفي بكيل واحد للمشتري فيقبضه له ثم لنفسه من غير إعادة كيل.

قال رحمه الله: ﴿ولو أمره رب السلم أن يكيله في ظرفه ففعل وهو غائب **لم يكن قضاء** بخلاف المبيع﴾ يعني لو دفع رب السلم إلى المسلم إليه ظرفاً مثل الغرائر وأمر المسلم إليه أن يكيل الطعام المسلم فيه ويجعله في الظرف ففعل المسلم إليه ورب السلم غائب لم يكن قبضاً **ولو كان** مكان السلم مشتري **بأن اشترى براً معيناً** ودفع المشتري إلى البائع ظرفاً وأمره أن يكيله ويجعله في الظرف ففعل البائع والمشتري غائب صح وهو المراد بقوله بخلاف المبيع، **والفرق أن رب السلم حقه في الذمة** ولا يملكه إلا بالقبض **فلم يصادق أمره ملكه** فلا يصح فيكون المسلم إليه مستعيراً للظرف **فجعل فيه ملك نفسه** كالدائن إذا دفع كيساً إلى المدين، وأمره أن يزن دينه ويجعله فيه **فإنه لا يصح** فالمشتري يملك الطعام بنفس الشراء فيصح أمره لمصادفته ملكه **فيكون** قابضاً بجعله في الظرف ويكون البائع وكيلاً في إمساكه الظرف فيكون الظرف في يد المشتري حكماً فكان الواقع فيه واقعاً في يده حكماً

﴿**فأمر المقرض بقبضه قضاء بحقه**﴾ أي ولم يقل: اقبضه لي ثم اقبضه لنفسك فقبضه بأن اكتاله مرة جاز اهـ كمال رحمه الله. **قوله**: ﴿**فكان المقبوض عين حقه**﴾ أي فلم تجتمع صفقتان فلم يجب الكيلان لأن هذا الاعتبار في القرض لو لم يكن ثابتاً لزم تملك الشيء بجنسه نسيئة أو تفرّق بلا قبض فيه وهو ربا ولهذا لا يلزم التأجيل في القرض، لأنه بيع بجنسه نسيئة، وكذا لو كان الدين الأول سلماً فلما حل افترض المسلم إليه من رجل كرّاً وأمر رب السلم بقبضه من المقرض ففعل جاز لما ذكرنا، وهذا لأن عقد الفرض عقد مساهلة لا يوجب الكيل بخلاف البيع مكايلة أو موازنة، ولهذا لو استقرض من آخر حنطة على أنها عشرة أقفزة جاز له أن يتصرف فيها قبل الكيل اهـ كمال رحمه الله. **قوله**: ﴿**لم يكن قضاء**﴾ هذا إذا لم يكن في غرائر رب السلم طعام بلا تردّد فإن كان قيل لا يصير قابضاً لما قررنا إن أمره بخلط طعام السلم بطعام[1].... **قوله**: ﴿**ولو كان**﴾ أي ولو كانت الحنطة مشتراة والمسألة بحالها اهـ **قوله**: ﴿**بأن اشترى براً معيناً**﴾ أي على أنه كرّ مثلاً اهـ **قوله**: ﴿**والفرق أن رب السلم حقه في الذمة**﴾ يعني أن رب السلم حقه في الدين لا في العين وجعل الدين وهو وصف ثابت في الذمة في غرائر رب السلم محال، وحقه في العين إنما يتحقق بالقبض ولم يوجد اهـ من الإتقاني. **قوله**: ﴿**فلم يصادف أمره ملكه**﴾ أي لأنه تناول عيناً مملوكة للبائع اهـ إتقاني. **قوله**: ﴿**فجعل فيه ملك نفسه**﴾ حتى إذا هلك الكرّ هلك من مال المسلم إليه وبقي الدين في ذمته كما كان اهـ إتقاني. **قوله**: ﴿**فإنه لايصح**﴾ أي لا يكون

---

(١) هنا في الأصل بياض.

ولهذا اكتفى بذلك الكيل في الصحيح، **ألا ترى أنه** لو أمره بالطحن أو **بإلقائه في البحر** ففعل يكون على الآمر في الشراء ويتقرر الثمن عليه وفي السلم على المأمور لما قلنا فإن قيل: البائع لا يصلح أن يكون وكيلاً للمشتري في القبض حتى لو وكله/ [١٦٩/أ/٢] بالقبض نصاً لا يصح توكيله ولا يكون قابضاً له فكيف يتصوّر أن يكون وكيلاً له هنا قلنا: لما صح أمره لكونه مالكاً له صار وكيلاً له ضرورة، وكم من شيء يثبت ضمناً، وإن لم يثبت قصداً ولو كان رب السلم حاضراً وكاله المسلم إليه بحضرته وخلى بينه وبين **الطعام يصير قابضاً**، لأن التخلية تسليم ولو أمره في الشراء أن يكيله ويجعله في ظرف البائع ففعل لم يصر قابضاً، لأن المشتري صار مستعيراً للظرف من البائع ولم يقبضه فلا تصح العارية لأنها لا تتم بدون القبض فلا يكون الواقع فيه **واقعاً** في يد المشتري فصار كما لو أمره أن يجعله في ناحية من بيت البائع، **ولو اجتمع الدين والعين** وكان الظرف للمشتري وأمره أن يجعلهما فيه، **فإن بدأ** بالعين **صار** قابضاً للكل، **أما العين فلصحة الأمر به، وأما الدين** فلأنه خلطه بماله فملكه بالاتصال به كمن دفع لصائغ فضة ليصنعها خاتماً وأمره أن يزيد عليه من عنده فضة قرضاً، وكمن استقرض من رجل حنطة وأمره أن يزرعه في أرضه قبل أن يقبضه فإنه يصير قابضاً له بالاتصال بملكه لأنه عين ماله، والخلط بإذنه بخلاف الصباغ إذا صبغ الثوب حيث لا

قابضاً لدينه بوضعه الدراهم في كيسه اهـ **قوله**: (**فيكون**) أي كيله في غرائره ككيل المشتري بنفسه اهـ **قوله**: (**ولهذا اكتفى إلخ**) أي ولصحة الأمر اكتفى بذلك إذا كاله بحضرة المشتري فهو استيضاح على صحة الأمر لمصادفته الملك اهـ **قوله**: (**ألا ترى أنه إلخ**) قال الإتقاني رحمه الله: ولو أمر المشتري البائع بالطحن كان الدقيق للمشتري لصحة الأمر لأنه تناول ملك نفسه وفي السلم كان الدقيق للمسلم إليه لعدم صحة الأمر فإن أخذ رب السلم الدقيق كان حراماً لكونه بدلاً عن المسلم فيه والاستبدال في السلم حرام، ولو أمر المشتري أن يلقيه في البحر هلك من مال المشتري وفي السلم من مال المسلم إليه اهـ قوله: لكونه بدلاً عن المسلم فيه أي قبل قبضه اهـ فتح. **قوله**: (**يصير قابضاً**) أي سواء كانت الغرائر له أو للبائع أو كانت مستأجرة اهـ إتقاني. وكتب على قوله: يصير قابضاً مانصه بالاتفاق اهـ فتح. **قوله**: (**ولو اجتمع الدين والعين إلخ**) بأن أسلم في كر فلما حل الأجل اشترى رب السلم من المسلم إليه كراً آخر معيناً ودفع إليه ظرفاً ليكيلهما فيه اهـ **قوله**: (**فإن بدأ**) أي المسلم إليه اهـ **قوله**: (صار) أي المشتري اهـ كمال. **قوله**: (**أما العين فلصحة الأمر به**) أي لأنه لاقى ملكه اهـ فتح. **قوله**: (**وأما الدين إلخ**) قال الإتقاني: وأما الدين فلأنه اتصل بملك المشتري والعين في يده حكماً فصار الدين أيضاً في يده لاتصاله بها فصار قابضاً للكل اهـ **قوله**:

يصير صاحبه قابضاً باتصال الصبغ بثوبه، لأن المعقود عليه فيه الفعل وهو الصبغ لا العين، والفعل لا يجاوز الفاعل لأنه عرض لا يقبل الانتقال ولم يتصل بالثوب فلهذا لم يصر قابضاً، **وإن بدأ** بالدين لم **يصر قابضاً لهما**، أما الدين **فلما ذكرنا**، وأما العين **فلأنه لما خلطه بملكه فقد استهلكه** قبل التسليم عند أبي حنيفة **فينتقض البيع** وهذا الخلط لم يرض به لجواز أن يكون مراده البداية بالعين فلم يتيقن رضاه به حتى يكون شريكاً له، وعند أبي يوسف يصير قابضاً لهما جميعاً كما إذا بدأ بالعين لأنه لما كان الدين أوّلاً لم يخرج عن ملكه **ولم يصر البائع** قابضاً له لما قلنا، ولما كان العين بعده وخلطه فيه صار قابضاً للعين لما ذكرنا وللدين أيضاً ضرورة اتصاله بملكه فصار كما لو بدأ بالعين، وقال محمد: يصير قابضاً للعين دون الدين لأنه لما بدأ بالدين لم يملكه المشتري بل هو باق على ملك البائع وصار مستعيراً لظرفه ولما كان العين بعده وخلطه به صار خالطاً ملك المشتري بملك نفسه ومستهلكاً له بإذنه فيشتركان فيه ولم يبرأ عن الدين لعدم القضاء، بخلاف ما إذا بدأ بالعين لأنه صار مسلماً للمشتري بوضعه في ظرفه ثم يملك الدين باتصاله بملكه بعده **وهكذا ذكره قاضيخان** وذكر صاحب الهداية أن المشتري بالخيار عندهما إن شاء نقض البيع، وإن شاء شاركه في المخلوط لأن الخلط ليس باستهلاك عندهما.

قال رحمه الله: (ولو أسلم أمة في كر وقبضت الأمة فتقايلا فماتت **أو ماتت قبل الإقالة بقي** وصح وعليه قيمتها) يعني ماتت الأمة بعد الإقالة قبل أن يقبضها رب

(**ليصنعها خاتماً**) ليس هذا في خط الشارح. **قوله**: (**وأمره أن يزيد عليه من عنده فضة**) أي ففعل الصانع ذلك في غيبته جاز وصار الآمر بالخلط قابضاً له اهـ **قوله**: (**وإن بدأ**) أي المسلم إليه بكيل الدين اهـ **قوله**: (**لم يصر قابضاً لهما**) أي رب السلم اهـ **قوله**: (**فلما ذكرنا**) أي من عدم صحة الأمر اهـ **قوله**: (**فلأنه**) أي رب السلم اهـ **قوله**: (**لما خلطه بملكه فقد استهلكه إلخ**) قال الإتقاني: وإن بدأ بالدين ثم بالعين لم يصر قابضاً، أما الدين فلعدم صحة الأمر، وأما العين فلأنه خلط حنطة المشتري بحنطة نفسه بحيث لا يمتاز فصار مستهلكاً، والبائع إذا استهلك المبيع قبل القبض ينتقض البيع وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله، أما عند صاحبيه فالمشتري بالخيار إن شاء شاركه في المخلوط بقدر حنطته لأن الخلط ليس باستهلاك عندهما، وإن شاء تركه فينتقض البيع اهـ **قوله**: (**فينتقض البيع**) أي لهلاك المبيع قبل القبض لا يقال هذا الخلط ليس بتعدّ ليكون به مستهلكاً لأنه بأمره أجاب المصنف بمنع إذنه فيه على هذا الوجه لجواز كون مراده أن يفعل ذلك على وجه يصح وهو أن يبدأ بالعين اهـ كمال رحمه الله. **قوله**: (**وهذا إلخ**) جواب سؤال اهـ **قوله**: (**ولم يصر البائع**) كذا بخط الشارح وصوابه المشتري اهـ **قوله**: (**وهكذا ذكره قاضيخان**) أي في شرح

السلم بحكم الإقالة أو ماتت قبل الإقالة ثم تقايلا بعد موتها بقيت الإقالة على حالها، ولم تبطل بموتها في الأولى، وصحت الإقالة بعد موتها في الثانية ويجب على المسلم إليه قيمة الجارية فيهما يوم قبضها لأن شرط صحة الإقالة بقاء العقد **وهو يبقى ببقاء المعقود عليه** والمعقود عليه في السلم هو المسلم فيه وهو باق في ذمة المسلم إليه بعد هلاك الجارية فصحت الإقالة ابتداء، وكذا يبقى بعد الهلاك لأن البقاء أسهل من الابتداء فإذا انفسخ / العقد يجب عليه رد الجارية وقد عجز بموتها فيجب عليه [١٦٩ب/٢] قيمتها لقيامها مقامها كما لو تقايضا عبداً بجارية ثم تقايلا بعد هلاك أحدهما فإنه يصح لبقاء أحدهما، ويجب رد الباقي منهما ويجب على الآخر قيمة الهالك لما قلنا.

قال رحمه الله: (وعكسها شراؤها بألف) أي عكس مسألة السلم شراء الجارية بألف فإن الحكم فيها لو ماتت الجارية بعد الإقالة قبل القبض بطلت الإقالة ولو تقايلا بعد هلاكها ابتداء لا يصح، لأن المعقود عليه فيها هي الجارية فلا تصح الإقالة بعد هلاكها ابتداء، **ولا تبقى** لانعدام المحل فكانت عكس الأولى **بخلاف بيع المقايضة حيث تصح** الإقالة ابتداء بعد هلاك أحدهما ولا تبطل به، لأن كل واحد من العوضين فيه معقود عليه لكونه مبيعاً من وجه فيبقى العقد ببقاء أحدهما فحاصله أن هذا الجنس منقسم إلى أربعة أقسام أحدها الإقالة في السلم، والثاني الإقالة في بيع المقايضة، والثالث الإقالة في بيع العين بالثمن وقد ذكرنا حكم الثلاثة، والرابع الإقالة في الصرف وحكمه أنهما إذا تقايلا فيه بعد هلاك أحد البدلين **أو كلاهما** أو هلك البدلان أو أحدهما بعد الإقالة قبل الترادّ صحت الإقالة، لأن المعقود عليه في الصرف

الجامع الصغير اهـ **قوله في المتن: (أو ماتت قبل الإقالة بقي)** أي عقد الإقالة اهـ **قوله: (وهو يبقى ببقاء المعقود عليه)** والدليل على أن المسلم فيه مبيع ما روي عن النبي ﷺ أنه «نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان ورخص في السلم»[١]، ألا ترى أنه عليه الصلاة والسلام جعل المسلم فيه مبيعاً اهـ إتقاني. **قوله: (ولا تبقى)** أي بعد هلاكها اهـ **قوله: (بخلاف بيع المقايضة حيث تصح إلخ)** قال الإتقاني رحمه الله: ثم فيما صحت الإقالة إذا اختلفا في القيمة القول قول المطلوب: والبينة بينة الطالب وهو رب السلم. ألا ترى إلى ما نص محمد في الأصل بقوله: إذا تتاركا السلم ورأس المال ثوب فهلك الثوب عند المطلوب قبل أن يقبض الطالب فعلى المطلوب قيمته والقول في ذلك قول المطلوب، وعلى الطالب البينة على ما يدعي من فضل القيمة إلى هنا لفظ الأصل وذكر في موضع آخر فيه أن القول: قول المطلوب مع يمينه إلا أن يقوم للطالب بينة على ما يدعي اهـ **قوله: (أو كلاهما)** كذا بخط

---

(١) تقدم تخريجه.

ما وجب لكل واحد منهما في ذمة الآخر، وذلك غير معين فلا يتصوّر هلاكه والمقبوض غيره فلا يمنع هلاكه صحة الإقالة، وهذا لأن الفسخ يرد على ما يرد عليه العقد فلا يرد على المقبوض، ولهذا لو كان المقبوض قائماً كان لهما أن يردّا غيره بعد التقايل.

قال رحمه الله: (والقول لمدعي الرداءة والتأجيل لا لنا في الوصف والأجل) يعني إذا اختلفا في اشتراط الوصف في المسلم فيه بأن قال أحدهما: شرطنا رديئاً، وقال الآخر: لم نشترط شيئاً، أو قال أحدهما: شرطنا الأجل، وقال الآخر: لم نشترط شيئاً كان القول قول من يدعي اشتراط الوصف والأجل، لأنه يدعي الصحة إذ السلم لا يجوز إلا مؤجلاً موصوفاً فكان الظاهر شاهداً له لأن الفاسد حرام، والظاهر من حال المسلم أن يتجنب الحرام ويباشر المباح ثم الأصل في جنس هذه المسائل أنهما إذا اختلفا في الصحة فإن خرج كلام أحدهما **مخرج التعنت** كان باطلاً، **وكان القول قول من يدعي الصحة، وإن خرج مخرج الخصومة فكذلك** عند أبي حنيفة إن اتفقا على عقد واحد، وعندهما القول للمنكر ثم تفاصيل المسألة أن نقول: لو أسلم دراهم إلى رجل في كرّ حنطة فقال المسلم إليه: شرطنا رديئاً، وقال رب السلم: لم نشرط شيئاً **كان القول قول المسلم إليه،** لأن رب السلم متعنت في إنكاره الصحة، إذ الظاهر **أن المسلم فيه** مع رداءته يزيد على رأس المال **وكلام المتعنت مردود،** وفي عكسه بأن ادّعى رب السلم شرط الرديء وأنكر المسلم إليه الشرط أصلاً كان القول لرب السلم عند أبي حنيفة **لأنه يدعي الصحة،** وعندهما القول للمسلم إليه **لأنه منكر،** ولو قال السلم إليه: لم يكن له أجل وقال رب السلم: كان له أجل كان القول لرب السلم عندهم، لأن المسلم إليه متعنت في إنكاره ما ينفعه وهو الأجل وهو حق له فكان

الشارح والظاهر كليهما. **قوله:** (**مخرج التعنت**) قال الكمال: وهو أن ينكر ما ينفعه اهـ وكتب على قوله: مخرج التعنت ما نصه لا مخرج الخصومة اهـ إتقاني. **قوله:** (**وكان القول قول من يدعي الصحة**) أي لأن كلام المتعنت مردود فإذا ردّ بقي كلام الآخر بلا معارض فكان القول قوله اهـ إتقاني. **قوله:** (**وإن خرج مخرج الخصومة**) قال الكمال: وهو أن ينكر ما يضره اهـ **قوله:** (**فكذلك**) يعني القول لمدعي الصحة اهـ **قوله:** (**كان القول: قول المسلم إليه**) أي بالاتفاق وهو قول الشافعي لأن رب السلم متعنت لأنه بإنكار الصحة منكر ما ينفعه وهو المسلم فيه، لأنه على كل حال يربو على رأس المال في العادة، وإن كان رأس المال نقداً والمسلم فيه نسيئة لأن العقلاء قاطبة على إعطاء هذا العاجل بذاك الآجل، ولولا أنه يربو عليه وإن كان آجلاً لم تطبق آراؤهم عليه اهـ كمال. **قوله:** (**أن المسلم فيه**) ليس هذا في خط الشارح. **قوله:** (**وكلام المتعنت مردود**) أي فبقي قول الآخر بلا معارض اهـ فتح. **قوله:** (**لأنه يدعي الصحة**) أي وإن كان صاحبه منكراً وكلامه خصومة اهـ كمال. **قوله:** (**لأنه منكر**)

باطلاً، فإن قيل: المسلم إليه ليس بمتعنت لأنه يدعي فساد العقد وفيه نفعه لأنه لا يلزمه المسلم فيه بسبب فساد العقد بل يجب عليه رد رأس المال وهو أقل من المسلم فيه عادة فوجب أن يكون القول لإنكاره، **قلنا: الفساد بسبب عدم الأجل مختلف فيه بين العلماء** فلم يتيقن بالفساد فلا يعتبر النفع في سقوط المسلم فيه عنه بخلاف عدم الوصف عندهما، لأن الفساد فيه قطعي فيعتبر/ إنكار المسلم إليه لأنه [١٧٠/ب/٢] ليس بمتعنت لأن فيه نفعه بسقوط المسلم فيه عنه ورد رأس المال، بخلاف إنكار رب المسلم فيه لأنه متعنت حيث ينكر وجوب حقه وهو المسلم فيه، لأنه يزيد على رأس المال عادة، وإذا جعل القول لرب السلم يرجع في مقدار الأجل إليه أيضاً، وفي عكسه بأن ادّعى المسلم إليه الأجل وأنكره رب السلم فالقول: للمسلم إليه عند أبي حنيفة وعندهما القول لرب السلم **لأنه ينكر حقاً عليه** وهو الأجل فكان القول له، وإن أنكر الصحة كرب المال يقول للمضارب: **شرطت لك نصف الربح إلا عشرة دراهم،** وقال المضارب: شرطت لي نصف الربح ولم تزد كان القول لرب المال، وإن كان فيه فساد العقد لأنه منكر لاستحقاق الربح عليه ولأبي حنيفة رحمه اللّه أنهما اتفاق على

أي وإن أنكر الصحة اهـ فتح. **قوله: (قلنا الفساد بسبب عدم الأجل مختلف فيه بين العلماء)** أي فإن عند بعضهم السلم بدون الأجل جائز وهو قول الشافعي اهـ إتقاني. ثم الاختلاف في الأجل على ثلاثة أوجه أحدها في أصل الأجل ففيه القول قول المدعي للأجل مع يمينه طالباً كان أو مطلوباً وعندهما القول قول الطالب سواء كان مدعياً للأجل أو منكراً، والثاني: في مقدار الأجل مثل أن يدعي أحدهما أنه شهر وقال الآخر: إنه شهران ففيه القول قول الطالب: مع يمينه لأنه ينكر الزيادة، فإن قامت لأحدهما البينة يقضي ببينته، وإن قامت لهما يقضي ببينتة المطلوب لأنها تثبت الزيادة، والثالث: في مضي الأجل قال الطالب: كان الأجل شهراً وقد مضى وقال المطلوب: كان شهراً ولم يمض فالقول قول المطلوب مع يمينه لأنه ينكر توجه المطالبة فإن أقام أحدهما البينة يقضي ببينته، وإن أقاما البينة يقضي ببينة المطلوب لأنها تثبت زيادة الأجل اهـ إتقاني. وينظر في الدعوى عند قوله: وإن اختلفا في الأجل في هذا المجرد، قال الكمال رحمه اللّه: والاختلاف في مقدار الأجل لا يوجب التحالف عندنا خلافاً لزفر لأنه ليس في المعقود عليه ولا في بدله بخلاف الاختلاف في الصفة، يعني أنه ما هو فإنهما يتحالفان لأن الوصف جار مجرى الأصل، وفي الخلاصة إذا شرط في السلم الثوب الجيد فجاء بثوب وادعى أنه جيد، وأنكر الطالب فالقاضي يرى اثنين من أهل تلك الصنعة وهذا أحوط والواحد يكفي فإن قالا: جيد أجبر على القبول اهـ **قوله: (لأنه ينكر حقاً عليه)** أي: لأن رب السلم ينكر حقاً على نفسه وهو الأجل فلم يكن متعنتاً اهـ **قوله: (شرطت لك نصف الربح إلا عشرة دراهم)** وفي الهداية نصف الربح وزيادة

عقد السلم واتفاقهما على العقد اتفاق على شرائطه، لأن شرط الشيء تبع له **وثبوته** بثبوت الأصل فإنكاره الأجل بعد ذلك رجوع منه عما أقر به فلا يقبل كالمتناكحين إذا ادّعى أحدهما النكاح بغير شهود والآخر بشهود كان القول لمن يدعي النكاح بالشهود بخلاف المضاربة لأنهما لم يتفقا على عقد واحد، لأن المضاربة إذا صحت تكون شركة في الربح وإذا فسدت تكون إجارة، ولئن سلمنا أنهما اتفقا على عقد واحد فالمضاربة غير لازمة، لأن كل واحد منهما يتمكن من فسخه بعد العقد فيرتفع باختلافهما فإذا ارتفع بالإنكار بقي مجرد دعوى المضارب في مال رب المال فكان القول للمنكر وهو رب المال، وبخلاف ما إذا قال الزوج لامرأته: تزوّجتك وأنت صغيرة، وقالت: هي تزوجتني وأنا بالغة فإن القول قوله، وإن كان فيه فساد العقد لأنه لم يقر بالعقد بل أنكره حيث أسنده إلى حالة منافية للصحة لعدم الأهلية.

قال رحمه اللّه: (وصح السلم والاستصناع في نحو خف وطست وقمقم) أما السلم فلأنه يمكن ضبط صفته ومعرفة قدره فوجب القول بجوازه إذا اجتمعت فيه شرائطه على ما بينا من قبل، **وأما الاستصناع فللإجماع** الثابت بالتعامل من لدن النبي ﷺ إلى يومنا هذا وهو من أقوى الحجج، وقد استصنع النبي ﷺ خاتماً ومنبراً، وقال عليه الصلاة والسلام: «ما رآه المؤمنون حسناً فهو عند اللّه حسن»[1] وهذا استحسان والقياس أن لايجوز لأنه بيع المعدوم وهو منهي عنه ولكن ترك العمل به بما ذكرنا، والقياس يترك بمثله كدخول الحمام والاحتجام بأجرة وطلب شربة ماء من السقاء بفلس كل ذلك جائز للتعامل، وإن كان القياس يأباه للجهالة لأنه لا يعرف كم قدر ما يقعد في الحمام وكم قدر ما يستعمل أو يشرب من الماء، وكم قدر ما يخرج من الدم إذ لا يعتبر القياس بمقابلة الإجماع أوالنص، وقد قال عليه السلام: «لا تجتمع أمتي على الضلالة»[2] ولا يشكل هذا على قول أبي حنيفة في المزارعة فإن التعامل فيه موجود ومع هذا لم يأخذ به وأخذ بالقياس، لأن الخلاف فيها كان موجوداً في الصدر الأول ولم يجر التعامل فيها من غير نكير بخلاف ما نحن فيه، ثم إنما يجوز إذا

عشرة وقال في النهاية: هذا ليس بصحيح لأنه على تقريره كان القول للمضارب كذا بخط الشارح اهـ **قوله**: (**وثبوته**) أي ثبوت الشيء المشروط هنا اهـ **قوله**: (**وأما الاستصناع فللإجماع**) قال في الهداية: وإن استصنع شيئاً من ذلك بغير أجل جاز استحساناً قال الكمال: الاستصناع طلب الصنعة وهو أن يقول لصانع خف أو مكعب أو صفار: اصنع لي

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) أخرجه ابن ماجة في الفتن (٣٩٥٠).

جرى فيه تعامل، وما لا تعامل فيه لا يجوز الاستصناع فيه ويكون سلماً إذا اجتمعت فيه شرائطه، ثم في الصحيح أن الاستصناع يجوز بيعاً، **وقال الحاكم الشهيد**: إنه وعد وليس ببيع وإنما ينعقد بيعاً إذا أتى به مفروغاً بالتعاطي، **ولهذا** يثبت فيه الخيار لكل واحد منهما وجه، قول الجمهور: أن محمداً رحمه اللّه سماه شراء وذكر فيه القياس والاستحسان وفصل بين ما فيه تعامل وما لا تعامل فيه، وأثبت فيه خيار الرؤية ولو قبض الثمن/ ملكه، والمواعدة تجوز قياساً واستحساناً فيما فيه تعامل وما لا تعامل [١٧٠ب/٢] فيه ولا يثبت فيه خيار الرؤية ولا يملك به البدل في الحال فبطل ما قاله، والمعدوم قد يعتبر موجوداً حكماً للحاجة، كطهارة المستحاضة وعكسه الماء المستحق بالعطش وقد تحققت الحاجة هنا، إذ كل واحد لا يجد خفاً مصنوعاً يوافق رجله ولا خاتماً يوافق إصبعه، وقد يجوز بيع المعدوم للحاجة أصله بيع المنافع والمعقود عليه هو العين دون العمل عند الجمهور، وقال أبو سعيد البرذعي المعقود عليه هو العمل لأن الاستصناع استفعال من الصنع وهو العمل فتسمية العقد به دليل على أنه هو المعقود عليه، والأديم فيه بمنزلة الآلة للعمل، ولهذا يبطل بموت أحدهما والأوّل أصح، ولهذا لا يشترط أن يعمله بعد العقد حتى لو جاء به مفروغاً لا من صنعته أو من صنعته قبل العقد فأخذه جاز، وكذا لو عمل بعده وباعه الصانع قبل أن يراه المستصنع جاز ولو كان المعقود عليه العمل لما جاز هذا كله، وكذا محمد رحمه اللّه قال: إذا جاء به مفروغاً فللمستصنع الخيار لأنه اشترى ما لم يره سماه شراء وأثبت فيه خيار الرؤية وهو لا يثبت إلا في العين وإنما يبطل بموت أحدهما، لأن للاستصناع شبهاً بالإجارة من حيث أن فيه طلب الصنع فلشبهه بالإجارة قلنا: يبطل بموت أحدهما ولشبهه بالبيع وهو المقصود أجرينا فيه ما ذكرنا من أحكام البيع، وقيل: ينعقد إجارة ابتداء وبيعاً انتهاء قبيل التسليم، لأن البيع لا يبطل بموت أحدهما بل يستوفى من تركته، والإجارة لا يثبت فيها ما ذكرنا من أحكام البيع فجمعنا بينهما على التعاقب لتعذر

خفاً طوله كذا وسعته كذا، أو دستاً أي برمة يسع كذا ووزنه كذا على هيئة كذا بكذا ويعطي الثمن المسمى أو لا يعطي شيئاً فيعقد الآخر معه جاز استحساناً تبعاً للعين، والقياس أن لا يجوز وهو قول زفر والشافعي اهـ **قوله**: (**وقال الحاكم الشهيد**) أي والصفار ومحمد بن سلمة وصاحب المنثور اهـ فتح. **قوله**: (**ولهذا**) أي كان للصانع أن لا يعمل ولا يجبر عليه بخلاف السلم، وللمستصنع أن لا يقبل ما يأتي به ويرجع عنه اهـ فتح. قال في الفتاوى الصغرى: إذا استصنع لا يجبر الصانع على العمل ولا المستصنع على إعطاء الأجر وإن شرط التعجيل وإن قبض الصانع الدراهم ملكها اهـ **قوله**: (**وهو العمل وشبهها بالبيع من حيث أن المقصود عين المستصنع فيه**) هذا الملحق ليس بثابت في خط الشارح ولكن لا بد

جمعهما في حالة واحدة كما قلنا: في الهبة بشرط العوض هبة ابتداء بيع انتهاء، والمعنى فيه أن المستصنع طلب منه العين والدين فاعتبرناهما جميعاً توفيراً على الأمرين حظهما، فإن قيل: إذا اعتبرتم فيه معنى الإجارة ومعنى البيع وجب أن يجبر كل واحد منهما على المضي ولا يخير، قلنا: الإجارة تفسخ بالأعذار وهذا عذر لأن الصانع يلزمه الضرر بقطع **الصرم** فباعتباره كان للصانع فسخه، وكذا البيع يثبت فيه خيار الرؤية فباعتباره يكون للمستصنع الفسخ لأنه اشترى ما لم يره على قول من قال بالتخيير، ولأن الجواز للضرورة فيظهر في حقه ولا ضرورة في حق اللزوم فلا يظهر في حقه.

قال رحمه اللّه: (وله الخيار إذا رآه) أي للمستصنع الخيار إذا رأى المصنوع **لأنه اشترى ما لم يره** بخلاف السلم، لأنه لا فائدة في إثبات الخيار فيه لأنه كلما رده عليه أعطاه غيره لكونه غير متعين، إذ المسلم فيه دين في الذمة فيبقى فيها حتى يقبضه، وهذا يفيد الفسخ لأنه يتعين بالإحضار ولا خيار للصانع لأنه باع ما لم يره، وعن أبي حنيفة أن له الخيار أيضاً لأنه يلحقه الضرر بقطع الصرم، وعن أبي يوسف أنه لا خيار لواحد منهما، أما الصانع فلما ذكرنا، وأما المستصنع فلأن في إثبات الخيار له إضراراً بالصانع فربما لا يرغب فيه غيره، والصحيح أن للمستصنع الخيار دون الصانع لأنه المشتري لما لم يره والصانع بائع.

قال رحمه اللّه: (وللصانع بيعه قبل أن يراه) لأنه لا يتعين إلا باختيار المستصنع، وقبل أن يراه كان له أن يبيعه لعدم تعينه، وإذا رآه ورضي به ليس له أن يبيعه لأنه بالإحضار أسقط خياره ولزم من جانبه، فإذا رضي به المستصنع ثبت اللزوم في حقه أيضاً.

قال رحمه اللّه: (ومؤجله سلم) أي **إذا أجل المستصنع صار سلماً** وهذا عند أبي حنيفة رضي اللّه عنه/، [١٧١/أ/٢] وقال أبو يوسف ومحمد: إن ضرب الأجل فيما فيه تعامل فهو استصناع، وإن ضرب فيما لا تعامل فيه **فهو سلم** لأن الاستصناع فيما لا تعامل فيه كالثياب ونحوه لا يجوز إجماعاً فتعين حمله على السلم تحرياً للجواز، وأما فيما فيه تعامل كالخف ونحوه فيحتمل الوجهين، لكن لفظ الاستصناع حقيقة فيه فكان محافظة قضيتها أولى، ويحمل الأجل على الاستعجال لأنه محتمل يحتمل أن يكون ذكره للتعجيل، ويحتمل أن يكون للاستمهال ولفظ الاستصناع محكم فيه فيحمل

منه اهـ **قوله: (الصرم)** قال في المصباح: والصرم بالفتح الجلد وهو معرب اهـ **قوله: (لأنه اشترى ما لم يره)** أي فبرده ينفسخ العقد ويعود إليه رأس ماله اهـ **قوله: (إذا أجل المستصنع صار سلماً)** حتى لا يثبت فيه الخيار ويشترط قبض رأس المال واستقصاء الوصف اهـ إتقاني.

المحتمل عليه، ولأن الأستصناع عقد جائز غير لازم فبذكر الأجل لا يكون لازماً كعقد الشركة والمضاربة، ولأن الأجل للترفيه وتأخير المطالبة فلا يخرج به العقد من جنس إلى جنس آخر، ولو كان الاستصناع بذكر الأجل يصير سلماً لكان السلم بدون ذكر الأجل استصناعاً، ولأنه لو كان بذكر الأجل سلماً لكان فاسداً لأنه شرط فيه عمل رجل واحد وإنه مفسد للسلم كاشتراط طعام قرية بعينها ونحوه، بخلاف ما لا تعامل فيه لأنه لو لم يحمل على السلم لفسد، ألا ترى أنه يفسد إذا لم يضرب له أجل فحملناه عليه ما أمكن لما ذكرناه، ولأبي حنيفة أنه يحتمل السلم فكان حمله عليه أولى، وهذا لأن جوازهما على خلاف القياس للحاجة لكن جواز السلم **ثبت بالكتاب** والسنة المشهورة وإجماع الأمة فيما فيه تعامل دون ما لا تعامل فيه، وجواز الاستصناع ثبت لتعامل الناس والسنة العربية في بعض الأشياء فكان حمله على السلم أولى فيما احتملاه لكونه أقرب إلى الجواز، ولهذا حمل عليه فيما لا تعامل فيه إذا ضرب له أجل لكونه أتى بحكم السلم وصرح به فكان هو المقصود، والترجيح بالمقصود أولى من الترجيح باعتبار اللفظ، ألا ترى أن الحوالة بشرط أن لا يبرأ الأصيل كفالة والكفالة بشرط براءة الأصيل حوالة، وكذا لو باع المنافع كان إجارة ولأن ضرب الأجل لتأخير المطالبة، وذلك باللزوم واللزوم في السلم دون الاستصناع وذكر الصنعة لبيان الوصف فيه لا للتعيين، ولهذا لو جاء به وهو من عمل غيره جاز ويجبر على القبول فيما لا تعامل فيه ولا يلزم من كونه سلماً بذكر الأجل أن يكون السلم استصناعاً بحذفه، ألا ترى أن النكاح بذكر الأجل يكون متعة ولا تكون المتعة بحذف الأجل نكاحاً ثم المراد بالأجل ما يصلح أن يكون أجلاً في السلم، وقد بينا قدره من قبل، وإن لم يصلح فهو استصناع إن جرى فيه التعامل وإلا ففاسد، وهذا إذا ذكر الأجل على سبيل الاستمهال، وإن ذكره على وجه الاستعجال بأن قال: على أن تفرغ منه غداً أو بعد غد يكون استصناعاً لأنه للفراغ لا لتأخير المطالبة وقيل: إن ذكر مدّة يتمكن فيها من العمل فهو استصناع، وإن كان أكثر من ذلك **فهو سلم** ويختلف ذلك باختلاف العمل فلا يمكن تقديره بشيء، وعن الهندواني أن ذكر الأجل إن كان من قبل المستصنع فهو للاستعجال فلا يصير سلماً وإن كان من قبل الصانع فهو للاستمهال فيكون سلماً وفائدة كونه سلماً أن يشترط فيه شرائط السلم من قبض رأس المال قبل الافتراق، وعدم خيار الفسخ لهما إلى غير ذلك من أحكامه على ما بينا.

قوله: (**فهو سلم**) أي بلا خلاف اهـ إتقاني. قوله: (**ثبت بالكتاب**) أي بأنه المزابنة اهـ إتقاني.

باب المتفرّقات

قال رحمه الله: (صح بيع الكلب) وعن أبي يوسف أنه لا يصح بيع الكلب العقور، لأنه لا ينتفع به فصار كالهوام المؤذية، **وقال الشافعي رحمه الله: لا يجوز بيع الكلب أصلاً** لنهيه عليه الصلاة والسلام عن بيع الكلب، وقال عليه الصلاة والسلام: «إن من السحت مهر البغي وثمن الكلب / »[1] ولأنه نجس العين فصار كالخنزير ولنا ما روي عن ابن عباس أنه عليه الصلاة والسلام: «نهى عن بيع الكلب إلا كلب صيد أو ماشية»[2] وعن ابن عمر رضي الله عنهما أنه عليه الصلاة والسلام «قضى في كلب بأربعين درهماً»[3] ولأنه مال متقوّم آلة الاصطياد فيصح بيعه كالبازي، ألا ترى أن [١٧١ ب/٢]

باب المتفرّقات

قوله: (وقال الشافعي رحمه الله: لا يجوز بيع الكلب أصلاً) أي سواء كان للصيد أو لم يكن، وأما اقتناؤه للصيد وحراسة الماشية والبيوت والزرع فيجوز بالإجماع لكن لا ينبغي أن يتخذه في داره إلا إن خاف لصوصاً أو أعداء للحديث الصحيح «من اقتنى كلباً إلا كلب صيد أو ماشية نقص من أجره كل يوم قيراط»[4] اهـ كمال رحمه الله. قال الإتقاني: وجه الاستدلال أن النبي ﷺ أباح الانتفاع بكلب الصيد والماشية والزرع ورخص في ذلك فعلم أن النهي كان قبل الإباحة وما يجوز الانتفاع به يجوز بيعه والكلب يمكن الانتفاع به معلماً كان أو غير معلم، أما اصطياداً أو حراسة لأن كل كلب يحفظ البيت ويخبر عن الجائي بنباحه اهـ وحدث أبو بكر الرازي في شرحه لمختصر الطحاوي بإسناده عن عبدالباقي بن قانع إلى جابر رضي الله عنه قال: نهى رسول الله ﷺ عن ثمن الكلب والهر إلا الكلب المعلم فدل ذلك على جواز بيع الكلاب التي ينتفع بها من جهتين إحداهما أنه إذا جاز بيع الكلب المعلم جاز بيع غيره من الكلاب لأن أحداً لم يفرق بينهما، والثانية أن ذكره للكلب المعلم لأجل ما فيه من النفع وكل ما أبيح الانتفاع به منها فهو مثله ويدل لذلك أن النهي إنما يتناول الكلاب التي لا نفع فيها وإنما يبتغى فيها الهراش والقمار، وحديث الطحاوي في شرح الآثار عن يونس عن ابن وهب عن ابن جريج عن عمرو بن شعيب عن

---

(١) أخرجه البخاري في البيوع (٢٢٣٧) بلفظ «نهى عن...»، ومسلم في المساقاة (١٥٦٧)، والترمذي في النكاح (١١٣٧)، والنسائي في البيوع (٤٦٦٦).

(٢) ذكره الزيلعي في نصب الراية (٤/ ٥٣) وقال غريب.

(٣) أخرجه البيهقي في سننه الكبرى (٦/ ٨).

(٤) أخرجه البخاري في الذبائح والصيد (٥٤٨١) بلفظ قيراطان، ومسلم في المساقاة (١٥٧٤)، والترمذي في الصيد (١٤٨٩)، والنسائي في الصيد والذبائح (٤٢٨٨).

الشرع أباح الانتفاع به حراسة واصطياداً فكذا بيعاً، ولأنه يجوز تمليكه بغير عوض كالهبة والوصية فكذا بعوض بخلاف الخنزير لأنه نجس العين كالميتة، ألا ترى أنه لا يجوز الانتفاع به شرعاً **والكلب ليس بنجس العين، وبخلاف الهوام المؤذية** لأنها لا ينتفع بها وما رواه الشافعي محمول على ابتداء الإسلام **حين كان عليه الصلاة والسلام يأمر بقتل الكلاب**، لأنه روي عن إبراهيم أنه عليه الصلاة السلام رخص في ثمن كلب الصيد فلفظ الرخصة يدل على الاستباح، **ولا فرق في ذلك بين جميع أنواع الكلاب المعلم وغير المعلم**، وشرط شمس الأئمة لجواز بيع الكلب أن يكون معلماً أو قابلاً للتعليم.

قال رحمه الله: (والفهد والسباع والطيور) لأنها حيوان يجوز الانتفاع بها شرعاً وتقبل التعليم عادة فجاز بيعها، والحرف إن كل منتفع به شرعاً في الحال أو في المآل وله قيمة نحو الجحش والطفل جاز بيعه وإلا فلا، ولهذا لا يجوز بيع حبة قمح ونقطة ماء وكف من تراب لأنها لاينتفع بها إذ لا قيمة لها، والفيل يجوز بيعه لأنه منتفع به حملاً وركوباً، وفي بيع القرد روايتان عن أبي حنيفة في رواية الحسن عنه أنه يجوز لأنه يمكن الانتفاع بجلده، وفي رواية أبي يوسف عنه أنه لا يجوز لأنه للتلهي

أبيه عن جده عبد الله بن عمرو أنه قضى في كل صيد قتله رجل بأربعين درهماً، وقضى في كل كلب ماشية بكبش وبقية السباع يثبت حكمها بالقياس على الكلب والجامع كونها جارحة ينتفع بها اصطياداً ونحوه اهـ إتقاني رحمه الله. **قوله: (البغي إلخ)** والبغي الزانية قال تعالى: ﴿وما كانت أمك بغياً﴾ [مريم:٢٨] اهـ غاية. **قوله: (والكلب ليس بنجس العين)** إذ لو كان كذلك لم يجز الانتفاع به أصلاً كالخنزير اهـ إتقاني. **قوله: (وبخلاف الهوام المؤذية)** أي من الحيات والعقارب والوزغ والقنافذ والضب وهوام الأرض جميعاً فإنه لا يجوز بيعها لقوله تعالى: ﴿ويحرم عليهم الخبائث﴾ [الأعراف: ١٥٧] ولعدم الانتفاع بها اهـ غاية. **قوله: (حين كان عليه الصلاة والسلام يأمر بقتل الكلاب)** أي: لأنها كانت تؤذي الضيفان والغرباء فنهوا عن اقتنائها فشق ذلك عليهم فأمر بقتلها، ونهى عن بيعها تحقيقاً للزجر عن العادة المألوفة ثم رخص لهم بعد ذلك اهـ **قوله: (ولا فرق في ذلك بين جميع أنواع الكلاب المعلم وغير المعلم)** قال الإتقاني: قال في الإيضاح: بيع كل ذي ناب من السباع وذي مخلب من الطير جائز معلماً كان أو غير معلم في رواية الأصل، وقال الشافعي: لا يجوز بيع الكلب والنمر والأسد إلى هنا لفظ الإيضاح، ونقل الناطفي في الأجناس من مسائل الفضل بن غانم[1]، ثم قال أبو يوسف أجيز بيع كلب الصيد والماشية

---

(١) هو الفضل بن غانم البغدادي الفقيه الحنفي من أصحاب أبي يوسف القاضي المتوفي في حدود سنة (٢٠٠هـ). انظر الجواهر المضية (٢/٦٩٥)، هدية العارفين (١/٨١٨).

وهو محظور، **والصحيح الأول**، والهر يجوز بيعه لأنه منتفع به، وكل ذي ناب من السباع وذي مخلب من الطيور يجوز بيعه لما ذكرنا، إلا الخنزير فإنه نجس العين فلا يجوز الانتفاع به فكذا لا يجوز بيعه.

قال رحمه الله: (والذمي كالمسلم في بيع غير الخمر والخنزير) لقوله عليه الصلاة والسلام: «**فأعلمهم أن لهم ما للمسلمين**»(١) ولأنهم مكلفون فيحتاجون إلى تبقية أنفسهم ليتحملوا أعباء التكاليف كالمسلمين فيشرع في حقهم الأسباب ليتمكنوا من تحملها بمباشرة الأسباب لتحصيل ما تبقى به الأنفس حتى لا يبقى لهم عذر في تضييع حقوق الله تعالى فكل ما جاز للمسلمين من البياعات كالصرف والسلم وغيرهما من أنواع التصرفات جاز لهم، **وما لا يجوز من الربا** وغيره **لا يجوز لهم إلا في الخمر** والخنزير فإن عقدهم فيها كعقد المسلم على العصير والشاة فيجوز فيهما ما جاز فيهما منه من السلم وغيره، ولا يجوز ما لا يجوز لأنهما أموال نفيسة عندهم فيلحقان بنظيرهما من أموالنا، وهذا لأنا أمرنا بأن نتركهم وما يعتقدون وما بذلوا الجزية إلا لذلك، ولهذا قال عمر رضي الله عنه في الخمر: «ولوهم بيعها **وخذوا العشر من أثمانها**»(٢) والصحابة متوافرون ولم يعرف له مخالف فصار إجماعاً.

ولا أجيز بيع كلب الصيد والماشية ولا أجيز بيع الكلب العقور، وقال محمد في نوادر هشام: يجوز بيع الكلب العقور وفي الكيسانيات(٣)، قال محمد: ومن قتله ضمن قيمته إلى هنا لفظ الأجناس اهـ **قوله**: (**والصحيح الأوّل**) صحح في البدائع عدم الجواز قال: لأنه لا يشترى للانتفاع بجلده بل للتلهي وهو حرام فكان بيع الحرام للحرام وإنه لا يجوز اهـ **قوله**: (**وما لا يجوز من الربا**) أي فلا يجوز لهم بيع درهم بدرهمين فيما بينهم ولاسلم في حيوان ولا نسيئة في صرف، وكذا كل ما يكال ويوزن اهـ فتح. **قوله**: (**لا يجوز لهم إلا في الخمر إلخ**) وذلك لأنهم لما قبلوا الجزية صاروا كالمسلمين فيما لهم وعليهم إلا الخمر والخنزير فإنهم أقرّوا بعقد الأمان على أن يكون ذلك مالاً لهم فلو لم يجز تصرفهم خرج ذلك من أن يكون مالاً وفيه نقض الأمان، والربا مستثنى في عهودهم، لأنه لم يقع عليه عقد الأمان قال تعالى: ﴿وأخذهم الربا﴾ [النساء:١٦١] وقد نهوا عنه ورُوي في الإيضاح وغيره أن النبي ﷺ كتب في عهودهم «ومن أربى فلا عهد له»(٤) اهـ **قوله**: (**وخذوا العشر من أثمانها**) حدث أبو

---

(١) أخرجه الترمذي في الأيمان (٢٦٠٨)، والنسائي في تحريم الدم (٣٩٦٧)، وأبو داود في الجهاد (٢٦٤١)، وأحمد في مسنده (١٢٦٤٣).
(٢) ذكره الزيلعي في نصب الراية في البيوع (٤/٥٦).
(٣) هي مسائل رواها سليمان بن سعيد الكيساني عن محمد بن الحسن. كشف الظنون (٢/١٥٢٥).
(٤) ذكره الزيلعي في نصب الراية (٣/٢٠٣) بلفظ «من أربى فليس بيننا وبينه عهد».

قال رحمه اللّه: (ولو قال: بع عبدك من زيد بألف على أني ضامن لك مائة سوى الألف فباع صح بألف **وبطل الضمان**، وإن زاد من الثمن فالألف على زيد **والمائة على الضامن**) يعني زاد هذه الكلمة بأن قال: بع عبدك من زيد بألف على أني ضامن لك مائة من الثمن سوى الألف فإنه يصح ويكون الألف على المشتري والمائة على الضامن، وقال زفر/ والشافعي رحمهما اللّه: لا تصح الزيادة ولا تلزمه وهذا مبني [١٧٢/أ/٢] على شيئين **أحدهما أن الزيادة** تصح وتلحق بأصل العقد عندنا وعندهما لا تصح، وقد بينا وجه المذهبين من قبل، والثاني أن أصل الثمن لم يشرع بغير مال يقابله حتى لا يصح اشتراطه على غير المشتري، إذ لا يستفيد بإزائه ما لا يقابله وفصل الثمن يستغني عن مال يقابله حقيقة، ألا ترى أن الزيادة تجوز من المشتري، وإن لم يسلم له بمقابلتها شيء فكذا تجوز من الأجنبي إذا لم يسلم له شيء فصارت نظير بدل

يوسف في كتاب الخراج في فصل من تجب عليه الجزية عن إسرائيل عن إبراهيم بن عبد الأعلى قال: سمعت سويد بن غفلة يقول: حضر عمر بن الخطاب واجتمع إليه عماله فقال: يا هؤلاء إنه بلغني أنكم تأخذون في الجزية الميتة والخنزير والخمر فقال بلال: أجل إنهم يفعلون ذلك فقال عمر: فلا تفعلوا ولكن ولّوا أربابها بيعها وخذوا الثمن منهم إلى هنا لفظ كتاب الخراج، وقال في الأصل: ولا يجوز فيما بين أهل الذمة الربا ولا بيع الحيوان بالحيوان نسيئة، ولا يجوز السلم فيما بينهم في الحيوان والدرهم بالدرهمين يداً بيد، ولا النسيئة ولا الذهب بالذهب إلا مثلاً بمثل يداً بيد، وكذلك كل ما يكال أو يوزن إذا كان صنفاً واحداً هم في البيوع كلها بمنزلة الإسلام ما خلا الخمر والخنزير، ولا أجيز فيما بينهم بيع الميتة والدم، وأما الخمر والخنزير فإني أجيز بيعهما بين أهل الذمة لأنهما أموال أهل الذمة أستحسن ذلك وأدع القياس فيه من قبل الأثر الذي جاء في نحو ذلك عن نحو عمر رضي اللّه عنه إلى هنا لفظ الأصل اهـ إتقاني. **قوله**: (**وبطل الضمان**) أي لأنه رشوة على البيع لعدم المقابلة بالمبيع اهـ **قوله**: (**والمائة على الضامن**) أي لأنه صير نفسه ضامناً حيث قال: من الثمن فيجب عليه اهـ وكتب على قوله: والمائة على الضامن ما نصه هذه من مسائل الجامع الصغير صورة المسألة أن يطلب إنسان من آخر شراء عبده بألف درهم وهو لا يبيع إلا بألف وخمسمائة، والمشتري لا يرغب فيه إلا بألف فيجيء آخر فيقول لصاحب العبد: بع عبدك هذا من هذا الرجل بألف درهم على أني ضامن لك خمسمائة من الثمن سوى الألف فيقول صاحب العبد: بعت كذا قال الصدر الشهيد: ولو لم يوجد إباء ولا مساومة ولكن إيجاب البيع بألف حصل عقيب ضمان الرجل كان كذلك استحساناً ويكون البيع بعده دلالة على القبول لأنه امتثال لذلك كقول الرجل: لامرأته طلقي نفسك إن شئت فقالت: قد طلقت يجعل قبولاً استحساناً فكذلك هذا، كذا قال فخر الإسلام اهـ إتقاني.

الخلع فإنه يجوز اشتراطه على الأجنبي كما يجوز اشتراطه على المرأة، إذ لا يسلم لهما شيء بمقابلة البدل، لأن البضع لا يتقوّم حالة الخروج فاستويا فيه، فكذا هنا لكن من شرط صحة الزيادة أن توجد المقابلة تسمية وصورة حتى تجب حسب وجوب الثمن بواسطة المقابلة صورة وإن لم تقابله حقيقة، ألا ترى أنه لو باع شيئاً بأضعاف قيمته يجوز، وإن لم يقابل ما زاد على قيمته مال حقيقة وإنما يقابله صورة وتسمية فإذا كان من شرطها المقابلة صورة، **فإن قال: من الثمن** فقد وجد شرطها فتصح وإن لم يقل لم يوجد شرطها فلا تصح لأنه يكون التزاماً للمال ابتداء وهو رشوة لأنه يبيعه وهو حرام فلا يصح فصار الأصل أن كل ما يحصل فيه للأصيل بمقابلته شيء من البدل لا يجوز اشتراط البدل على الأجنبي، وإن لم يحصل يجوز لاستوائهما في عدم الحصول فإذا جازت الزيادة من الأجنبي لا يرجع بها على المشتري ولا تظهر في حق البائع وفي حق الشفيع والمرابحة حتى إذا أخذ البائع الألف من المشتري لا يحبس المبيع لأجل المائة، ويرابح على الألف لأنه قام عليه به ويأخذ الشفيع بالألف لأن الزيادة لم تثبت في حقه، وإن كانت من المشتري لعدم ولايتهما عليه، ولو تقايلا البيع فللأجنبي أن يسترد الزيادة لأنها من الثمن، وفي قياس قول أبي يوسف لا يسترد لأن الإقالة عنده بيع جديد، وكذا لو ردّه بعيب بغير قضاء وإن كان بقضاء يسترد لكونه فسخاً بالإجماع، ولو ضمن الزيادة بأمر المشتري ظهرت في حق الكل حتى يرجع الضامن بها على المشتري، ويرابح عليها وعلى الألف ولا يطالب المشتري بالزيادة، وإن كان بأمره لأنه لما نفذت من جهته صار هو وكيلاً فيها، فترجع الحقوق إليه أو لأنه لم يلتزمها وإنما التزمها الأجنبي فيطالب بها هو وحده، وهذا كالوكيل بالشراء يطالب هو فقط ثم هو يرجع به على الموكل فكذا هذا، ولو ردّه بعيب أو

قوله: (أحدهما أن الزيادة) أي في الثمن والمثمن اهـ غاية. **قوله: (فإن قال: من الثمن إلخ)** وأورد العتابي في هذه المسألة سؤالاً وجواباً فقال: فإن قيل: إذا قال: من الثمن كيف يكون ثمناً ولم يدخل في ملكه شيء من المبيع، وكذلك هذا بيع بثمن على غير المشتري وإنه فاسد قلنا له: الثمن متى وجب مقصوداً يشترط أن يكون في ملكه شيء من المبيع، وهنا تثبت الزيادة تبعاً وصار كالزيادة في الثمن بعد البيع وليس هذا ببيع بالثمن على غير المشتري مقصوداً بل البيع مقصوداً بألف على المشتري، وهذه زيادة ثبتت تبعاً على غير المشتري وهذا جائز كالزيادة في الثمن بعد البيع اهـ إتقاني. فإن قيل: لو ثبتت الزيادة ثمناً والأجنبي ضامن بها لزم جواز مطالبة المشتري بها كالكفيل قلنا: لا يلزم من صحة الكفالة توجه المطالبة على الأصيل، ألا ترى من قال: لزيد على فلان ألف، وأنا كفيل بها فأنكر فلان طولب الكفيل بها دون فلان فجاز هنا كذلك، وذلك لأن المشتري لم يلتزمها إنما التزم هذا القدر

تقايلا يردّ الزيادة على الضامن فقط، لأنه أخذها منه دون المشتري وذكر في الكافي أن الشفيع يأخذها بألف ومائة فجعلها ظاهرة في حقه أيضاً، ولا يقال: هذا مشكل فإن الزيادة إذا كانت من المشتري نفسه لم تظهر في حق الشفيع حتى كان له أخذها بأصل الثمن من غير زيادة فكيف تجب عليه الزيادة بزيادة الأجنبي والمشتري لم يلتزمها على ما بينا لأنا نقول: هذه زيادة ذكرت في العقد فصارت من جملة الثمن بخلاف الزيادة بعد العقد ولو لم يقل: سوى الألف بأن قال: بعه بألف على أني ضامن لك مائة من الثمن يصير كفيلاً بمائة من الثمن الذي هو الألف، ولا تثبت الزيادة لأنه يتعذر جعله زيادة على الألف حيث لم يقل سوى الألف، ويمكن أن يجعل من الثمن الواجب على المشتري/ فجعل منه ثم إذا أدّى رجع عليه إن كان بأمره وإلا فلا، وقد [١٧٢ب/٢] عرف في موضعه فصار في الحاصل للمسألة ثلاث صور إحداهما أن يقول: بعه بألف على أني ضامن لك مائة سوى الألف من الثمن، والثانية أن يترك قوله سوى الألف، والثالثة: أن يترك قوله من الثمن، وقد ذكرنا الثلاثة وحكمها فافهمه وهذا كله فيما إذا كانت الزيادة في العقد، وأما إذا زاد الأجنبي بعد العقد فإنه لا يجوز إلا بإجازة المشتري أو يعطي الزيادة من عنده أو يضمنها أو يضيفها إلى نفسه، وإن زاده بأمر المشتري جاز ولا يلزمه شيء، والمال لازم للمشتري لأنه سفير فيه ومعبر فلا يلزمه إلا بالضمان وهو نظير الخلع والصلح وإنما صار سفيراً لأنه لا يخلو عن إضافته إلى المشري بأن يقول: زدتك على ثمن العين التي اشتراها منك فلان ولا يمكنه إضافته إليه كالخلع فلا يكون مباشر، وإن كان بأمره بل رسولاً.

قال رحمه الله: (ووطء زوج المشتراة قبض لا عقده) يعني لو اشترى أمة وزوّجها المشتري قبل القبض صح النكاح **لوجود الملك في الرقبة على الكمال بخلاف البيع** لأنه يبطل بالغرور، ويشترط فيه القدرة على التسليم بخلاف النكاح، ألا ترى أن تزويج الآبق يجوز دون بيعه ثم إذا جاز النكاح فإن وطئها كان قبضاً لها لأن الوطء من الزوج حصل بتسليط المشتري فصار منسوباً إليه **كأنه فعله بنفسه، وإن لم يطأها لا**

من الثمن لأجنبي والحكم لا يثبت بلا سبب اهـ كمال رحمه الله تعالى. **قوله: (لوجود الملك في الرقبة على الكمال)** أي بخلاف ما لو ملكها لا على الكمال كما في ملك نصفها لا يملك التزويج به اهـ كمال رحمه الله. **قوله: (بخلاف البيع)** أي لورود النهي في ذلك والنكاح ليس ببيع ولا في معناه فلا يثبت حكم البيع فيه، ألا ترى أن البيع ينفسخ بهلاك المعقود عليه بخلاف النكاح اهـ إتقاني. قال الكمال: والنكاح لا ينفسخ بهلاك المعقود عليه أعني المرأة قبل القبض اهـ **قوله: (كأنه فعله بنفسه إلخ)** ولو وطئها المشتري كان قابضاً

يكون قبضاً لها استحساناً **والقياس أن يكون بنفس التزويج لأنه تعييب** حكمي، ألا ترى أنه لو وجد المشتراة مزوّجة يردها بالعيب فصار كالتدبير والإعتاق وكالوطء وجه الاستحسان أنه لم يتصل بها من المشتري فعل يوجب نقصاناً في الذات، وإنما هو عيب من طريق الحكم على معنى أن رغبات الناس تقل فيها فينتقص الثمن لأجله **فصار كنقصان السعر** بخلاف الوطء لأنه فعل حسي اتصل بها فأوجب نقصاناً في ذاتها، لأن منافع البضع ملحق بالجزء ولهذا تضمن بالإتلاف فصار كما لو أتلف عضواً منها بالقطع، ألا ترى أنه لو أقر المشتري بدين على العبد المشترى قبل القبض لا يكون قبضاً، وإن تعيب من جهته بوجوب الدين عليه حكماً وهذا مثله بخلاف التدبير والإعتاق لأن المالية قد تلفت به بثبوت حقيقة الحرية أو حقه ومن ضرورته يصير قابضاً.

قال رحمه الله: (**ومن اشترى عبداً** فغاب فبرهن البائع على بيعه وغيبته معروفة لم يبع بدين البائع وإلا بيع بدينه) أي إذا اشترى شخص عبداً فغاب المشتري قبل القبض وأقام البائع البينة إن هذا العبد كان له وباعه من فلان وغاب قبل أن ينقد الثمن

فكذلك الزوج اهـ كمال. **قوله**: (**وإن لم يطأها لا يكون قبضاً إلخ**) حتى لو هلكت بعد التزويج قبل القبض هلكت من مال البائع اهـ فتح. **قوله**: (**والقياس أن يكون إلخ**) وهو رواية عن أبي يوسف اهـ فتح. **قوله**: (**بنفس التزويج**) حتى لو هلكت بعد ذلك هلكت من مال المشتري اهـ فتح. **قوله**: (**لأنه تعييب**) أي وبالتعييب يصير قابضاً اهـ إتقاني. **قوله**: (**فصار كنقصان السعر**) أي بخلاف الفعل الحسي كإنفقاء عينها مثلاً أو قطع يدها فإنه إنما يصير به قابضاً لما فيه من الاستيلاء على المحل، واستشكل على هذا الإعتاق والتدبير فإنه يهما يصير قابضاً، وليس باستيلاء على المحل بفعل حسي، والجواب أنا قلنا: ذلك فيما يكون نفس الفعل قبضاً فالمعنى أن الفعل الذي يكون قبضاً هو الفعل الحسي الذي يحصل الاستيلاء، والعتق الحاصل بالعتق ضروري ليس مما نحن فيه وذلك أنه إنهاء للملك ومن ضرورة إنهاء الملك كونه قابضاً، والتدبير من واديه لأنه به يثبت حق الحرية للمدبر ويثبت الولاء هذا، وإذا صح النكاح قبل القبض فلو انتقض البيع بطل النكاح في قول أبي يوسف خلافاً لمحمد، قال الصدر الشهيد: والمختار قول أبي يوسف: لأن البيع متى انتقض قبل القبض انتقض من الأصل فصار كأن لم يكن وصار النكاح باطلاً وقيد القاضي الإمام أبو بكر بطلان النكاح ببطلان البيع قبل القبض بما إذا لم يكن بالموت حتى لو ماتت الجارية بعد النكاح قبل القبض لا يبطل النكاح وإن بطل البيع اهـ كمال رحمه الله. **قوله في المتن**: (**ومن اشترى عبداً إلخ**) وإنما وضع المسألة في العبد لا في الدار لأن في الدار لا يتعرض القاضي لذلك ولا يبيعه فإن القياس أن لا يجوز في العبد إلا أنه جوز في العبد استحساناً

وطلب من القاضي أن يبيعه بدينه فإن غاب المشتري غيبةً معروفة لم يبعه القاضي بدينه لأنه يتوصل إلى حقه بدون بيعه بالذهاب إليه فلا حاجة إلى بيعه، **لأن فيه إبطال حق المشتري في العين**، **وإن لم يدر أين هو** أجابه القاضي في المنقول إن أقام بينة، لأن البينة هنا ليست للقضاء على غائب وإنماهي لنفي التهمة وانكشاف الحال، لأن القاضي نصب ناظراً لكل من عجز عن النظر **ونظرهما** في بيعه لأن البائع يصل به إلى حقه ويبرأ من ضمانه، والمشتري أيضاً تبرأ ذمته من دينه ومن تراكم نفقته فإذا انكشف الحال عمل القاضي بموجب إقراره فلا يحتاج فيه إلى خصم حاضر، وإنما يحتاج إليه إذا كانت البينة للقضاء **وهذا لأن العبد في يده وقد أقر به** للغائب على وجه يكون مشغولاً بحقه فيظهر الملك للغائب على الوجه / الذي أقر به ولا يقدر البائع [١٧٣/أ/٢] أن يصل إلى حقه فيبيعه القاضي إحياء لحقه، كالراهن إذا مات والمشتري إذا مات مفلساً قبل القبض بخلاف ما إذا غاب المشتري بعد القبض حيث لا يحبسه الحاكم **لأن حقه غير متعلق به**، ولا يقال: هذا بيع قبل القبض وهو غير جائز فكيف يباع لأنا نقول: من مشايخنا من قال: إن القاضي يوكل من يقبضه ثم يبيعه وفيه نظر لما فيه من إبطال يد البائع قبل إيفاء الثمن، والأوجه أن يقال: إن البيع هنا ليس بمقصود

لتسقط النفقة عن البائع ولا يحتاج إلى النفقة في الدار كذا ذكر شيخ الإسلام، وقال التمرتاشي: وضع المسألة في المنقول لأن القاضي لا يبيع العقار على الغائب اهـ **قوله: (لأن فيه إبطال حق المشتري في العين)** أي المبيعة من غير ضرورة اهـ **قوله: (وإن لم يدر أين هو)** تبين أن الغيبة المعروفة أن يعلم أين هو اهـ فتح. **قوله: (ونظرهما)** أي البائع والمشتري اهـ **قوله: (وهذا لأن العبد في يده وقد أقرَّ به)** قال الكمال: وقول المصنف في تعليل بيع القاضي لأنَّ ملك المشتري ظهر بإقراره يعني بإقرار البائع فيظهر على الوجه الذي أقرّ به وهو كونه مشغولاً بحقه تبين أن البيع من القاضي ليس بهذه البينة، لأنها لا تقام لإثبات الدين على الغائب فما هي إلا لكشف الحال ليجيبه القاضي إلى البيع نظراً للغائب لا ليثبت الدين عليه فإنه لو لم يقمها لم يجبه إلى ذلك اهـ **قوله: (لأن حقه غير متعلق به)** أي بل هو دين في ذمة المشتري والبينة حينئذ لإثبات الدين ولا يثبت دين على غائب فلا يتمكن القاضي من البيع، وقضاء الدين وهذا طريق الإمام السرخسي وتقرير شيخ الإسلام يشعر بخلافه حيث قال: القياس أن لا تقبل هذه البينة لأنها لإثبات حق على الغائب وليس ثمَّ خصم حاضر لا قصدي ولا حكمي فهو كمن أقامها على غائب لا يعرف مكانه لا تقبل، وإن كان لا يصل إلى حقه، وفي الاستحسان تقبل لأن البائع عجز عن الوصول إلى الثمن، وعن الانتفاع بالمبيع واحتاج إلى أن ينفق عليه إلى أن يحضر المشتري وربما تربو النفقة على الثمن والقاضي ناظر لإحياء حقوق الناس فكان للقاضي أن يقبلها لدفع البلية بخلاف ما لو

وإنما المقصود إحياء حقه، وفي ضمنه يصح بيعه لأن الشيء قد يصح ضمناً، وإن لم يصح قصداً ثم إذا باع وأوفى ثمنه فإن فضل شيء من دينه يمسكه للمشتري الغائب لأنه بدل ملكه، وإن لم يف بالدين وبقي شيء منه تبعه البائع إذا ظفر به.

قال رحمه اللّه: (ولو غاب أحد المشتريين للحاضر دفع كل الثمن وقبضه وحبسه **حتى ينقد شريكه**) يعني إذا اشترى رجلان شيئاً فغاب أحدهما **قبل القبض** يكون للحاضر دفع كل الثمن وقبضه كله ثم إذا حضر شريكه فله أن يحبسه عنه حتى ينقده وهذا قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما اللّه، وقال أبو يوسف: إذا نقد الحاضر الثمن لا يأخذ إلا نصيبه بطريق المهايأة وكان متبرعاً فيما أدّى عن صاحبه فصار الخلاف في مواضع أحدها في قبض جميع المبيع على تقدير إيفاء الثمن كله، والثاني في حبس نصيب الغائب عنه إذا حضر، والثالث في الرجوع عليه بما أدّى، والرابع في إجبار البائع على قبول ما أدّاه الحاضر من نصيب الغائب عندهما يجبر وعنده لا يجبر، والخامس في إجبار البائع على تسليم نصيب الغائب من المبيع إلى الحاضر عند إيفاء الثمن كله، فعندهما يجبر، وعنده لا يجبر لأبي يوسف أن الحاضر قضى ديناً على الغائب بغير أمره فكان متبرعاً فيه، ولا جبر ولا رجوع في التبرعات **وهو أجنبي عن نصيبه** فلا يقبضه، ولهذا لو كان حاضراً يكون متبرعاً بالإجماع، ولو كان مضطراً لما اختلف بين حضرته وغيبته كالوكيل بالشراء وكمعير الرهن وصاحب العلو في قضاء الدين وبناء السفل، ولهما أن الحاضر مضطر إلى أداء كل الثمن لأن للبائع حق حبس كل المبيع إلى أن يستوفي كل الثمن فلا يكون متبرعاً مع الاضطرار إلى قضاء نصيب شريكه ليصل إلى الانتفاع بنصيبه **فصار كمعير الرهن** وصاحب العلو والوكيل بالشراء إذا أدّى الثمن من ماله، وإنما اختلف بين حضرته وغيبته لأنه

أقامها ليثبت حقاً على الغائب لينزع شيئاً من يده لا يقبلها والإجماع في مثله لدفع البلية عن البائع، وليس فيه إزالة يد الغائب عما في يده لأن البائع يستوفي حقه مما في يده اهـ كمال رحمه اللّه. **قوله في المتن: (حتى ينقد شريكه)** قال في الصحاح: نقدته الدراهم ونقدت له الدراهم أي أعطيته فانتقدها أي قبضها ونقدت الدراهم وانتقدتها إذا أخرجت منها الزيف اهـ وعلى هذا فنقد بالمعنى الأول يتعدى إلى مفعولين أحدهما بنفسه، والثاني تارة بنفسه وتارة بحرف الجر فيكون تقدير كلام المصنف حتى بنقد شريكه الثمن بحذف المفعولين أو ينقد له شريكه الثمن واللّه أعلم اهـ **قوله: (قبل القبض)** أي قبل إعطاء الثمن فالحاضر لا يملك قبض نصيبه إلا بنقد جميع الثمن بالاتفاق لأن للبائع الحبس بكل الثمن اهـ **قوله: (وهو أجنبي عن نصيبه)** أي لأنه ليس بوكيل عنه اهـ **قوله: (فصار كمعير الرهن)** أي

كالوكيل عن صاحبه من وجه من حيث أن ملك الغائب يثبت بقبول الحاضر، لأن من باع شيئاً من شخصين لا يثبت الملك لكل واحد منهما إلا بقبول الآخر وليس بوكيل من وجه من حيث أن كل واحد منهما لا يطالب بما يخص صاحبه من الثمن فأشبه الأجنبي، والأصل أن الشيء متى تردد بين شيئين توفر عليه حظهما فلشبهه بالأجنبي يكون متبرعاً عند حضوره ولشبهه بالوكيل يكون مضطراً عند غيبته، وهذا أولى من العكس لأنه في حالة الحضرة **يمكنه أن يخاصمه إلى الحكام** فلا يكون مضطراً، وفي حال غيبته لا يمكنه فجعل مضطراً فيرجع بالثمن ويحبس المبيع به كالوكيل بخلاف ما استشهد به من الوكيل وغيره لأنه مضطر محض وليس بمتردد بين شيئين فلا يختلف حكمه.

قال رحمه اللّه: (**ومن باع أمة بألف** مثقال ذهب وفضة **فهما نصفان**) لأنه أضاف المثقال إليهما على السواء فيجب من كل واحد منهما خمسمائة مثقال لعدم الأولوية فيصير كأنه قال: بعتك بخمسمائة / مثقال ذهب وخمسمائة مثقال فضة بخلاف ما [١٧٣ب/٢] إذا اشترى جارية بألف من الذهب والفضة حيث يجب من الذهب مثاقيل ومن الفضة دراهم، لأنه أضاف الألف إليهما فينصرف إلى الوزن المعهود من كل واحد منهما، وعلى هذا لو قال: لفلان عليّ كر حنطة وشعير وسمسم يجب عليه من كل جنس ثلث الكر وهذا قاعدته في المعاملات كلها كالمهر والوصية والوديعة والغصب والإجارة وبدل الخلع وغيره من الموزون والمكيل والمعدود والمذروع.

قال رحمه اللّه: (وإن قضي زيف عن جيد وتلف فهو قضاء) يعني إذا كان له على آخر دراهم جياد فقضاه زيوفاً وهو لا يعلم فهلكت **أو أنفقها ثم علم بالعيب** فهو

إذا أفلس الراهن وهو المستعير أو غاب اهـ **قوله: (يمكنه أن يخاصمه إلى الحكام)** أي في أن ينقد حصته ليقبض نصيبه اهـ **قوله في المتن: (ومن باع أمة بألف إلخ)** قال الكمال: ويشترط بيان الصفة من الجودة وغيرها اهـ **قوله في المتن: (فهما نصفان)** هذه من مسائل الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في الرجل يقول للرجل أبيعك هذه الجارية بألف مثقال جيد ذهب وفضة قال: هذا نصفان خمسمائة مثقال ذهب وخمسمائة مثقال فضة، وقوله: أبيعك مساومة لا إيجاب قالوا: وإنما وجب التنصيف ولم يترجح الذهب لاختصاصه بالمثاقيل ولم تترجح الفضة لكونها غالبة في المبايعات، لأنهما لما تعارضا ولم يوجد المرجح صير إلى قضية الإضافة والبيان فوجب من كل واحد نصفه لعدم أولوية أحدهما على الآخر، وكذلك لو قال: بعتك بألف من الدراهم. **قوله: (أو أنفقها ثم علم بالعيب إلخ)** هاهنا خمس مسائل إحداها هذه الثانية كفل بالجياد ونقد الزيوف رجع بالجياد، الثالثة اشترى بالجياد ونقد الزيوف يبيعه مرابحة على الجياد، الرابعة اشترى الدار

قضاء فلا يكون له غير ذلك، **وهذا عند أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: يرد مثل** زيوفه ويرجع بالجياد لأن حق صاحب الدين مرعي من حيث الوصف كما يراعى حقه من حيث القدر إلا أنه يتعذر عليه الرجوع بمجرد الجودة، لأنها وصف لا قيام لها بذاتها، ولا قيمة لها إذا قوبلت بجنسها فتعين رد مثل المقبوض والرجوع بالجياد، ولهما أن المقبوض من جنس حقه حتى لو تجوّز به في الصرف، والسلم جاز ولو لم يكن من جنس حقه لما جاز لكونه استبدالاً إذ هو حرام في الصرف والسلم، فإذا كان من جنس حقه استيفاء فلم يبق له إلا الجودة وهي لا قيمة لها عند المقابلة بالجنس، ولا يمكن تداركها بإيجاب الضمان عليه لأن القضاء عليه بالضمان حقاً له ممتنع، ولأن الجودة تبع فلا تنقض القبض في الأصل لأجله، كيلا ينعكس فيكون الأصل تبعاً والتبع أصلاً بخلاف الراهن إذا أتلف الرهن أو المولى إذا أتلف ملك عبده الماذون المدين حيث يجب عليهما الضمان، وإن كان المضمون ملكاً لهما لأن الضمان هناك لأجل حق الغير وهو المرتهن والغرماء فلم يكن الإيجاب عليه لحقه.

قال رحمه اللّه: (وإن أفرخ طير أو باض أو **تكنس ظبي في أرض رجل** فهو لمن

بالجياد ونقد الزيوف فالشفعة بالجياد، الخامسة حلف لا يقضين حقه اليوم وعليه جياد فقضى زيوفاً بر اهـ قنية في الشفعة. قوله: فقضى زيوفاً برّ. قال الكمال: وفي الأجناس اشترى بالجياد ونقد الزيوف ثم حلف أنه اشتراها بالجياد قال أبو جعفر: لا يحنث وقال أبو يوسف يحنث اهـ **قوله: (وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف: يرد إلخ)** قال الإتقاني: وقولهم هو القياس وقول أبي يوسف هو الاستحسان اهـ **قوله في المتن: (أو تكنس ظبي في أرض رجل)** أي دخل كناسة والكناس بين الظبي وفي بعض النسخ تكسر أي وقعها فيها فتكسر ويحترز عما لو كسره رجل فيها فإنه لذلك الرجل لا للآخذ ولا يختص بصاحب الأرض اهـ كمال رحمه اللّه. قال الإتقاني رحمه اللّه: وأراد بقوله: تكنس استتر اهـ وقال الإتقاني: ونقل الفقيه أبو الليث عن الرقيات مسائل نحو هذا قال: قال محمد: لو أن رجلاً اتخذ حظيرة في أرضه فدخل الماء واجتمع فيه السمك فقد ملك السمك وليس لأحد أن يأخذه ولو اتخذ لحاجة أخرى فمن أخذ السمك فهو له قال: وكذلك لو حفر في أرضه حفيرة فوقع فيها صيد فتكسر فإن اتخذ ذلك الموضع للصيد فهو له وقد ملكه وإن لم يتخذ ذلك للصيد فهو لمن أخذه، وكذلك لو أن رجلاً وضع صوفاً على ظهر بيت فجاء المطر فابتل ثم إن رجلاً عصره وأخرج منه الماء هل له أن يسترد قال: إن كان وضعه لأجل ماء المطر فله أن يسترد منه، وإن كان وضعه لغيره لم يكن له أن يسترد، وذكر الفقيه أبو الليث أيضاً في كتاب العيون في باب الصيد ولو أن صيداً باض في أرض رجل أو تكسر فيها فجاء رجل ليأخذه فمنعه صاحب الأرض فإن كان منعه إياه في موضع يقدر صاحب الأرض على أخذه

أخذه) لأنه مباح سبقت يده إليه فكان أولى به لقوله عليه السلام: «الصيد لمن أخذه والبيض صيد»(١) ولهذا يجب على المحرم الجزاء بكسره وشيه قال الله تعالى: ﴿ليبلونكم الله بشيء من الصيد تناله أيديكم ورماحكم﴾ [المائدة:٩٤]، أي البيض والفرخ، وهذا إذا لم تكن أرضه مهيأة لذلك فإن كانت مهيأة للاصطياد فهو له لأن الحكم لا يضاف إلى السبب الصالح إلا بالقصد، ألا ترى أن من نصب شبكة للجفاف فتعقل بها صيد أو حفر بئراً للماء فوقع فيه صيد لا يملكه، ولا يجب عليه الجزاء إن كان محرماً وإن قصد به الاصطياد ملكه ووجب عليه الجزاء إن كان محرماً، وعلى هذا التفصيل **لو دخل صيد داره** أو وقع ما نثر من الدراهم في ثيابه بخلاف معسل النحل في أرضه حيث يملكه، وإن لم تكن أرضه معدة لذلك لأنه من **أنزال** الأرض حتى يملكه تبعاً لها كالأشجار النابتة والتراب المجتمع فيها لجريان الماء، وإن لم تكن معدة ولهذا يجب في العسل العشر إذا أخذ من أرض العشر.

قال رحمه الله (**ما يبطل بالشرط الفاسد** ولا يصح تعليقه بالشرط البيع والقسمة **والإجارة [والإجازة]**(٢) والرجعة والصلح عن مال والإبراء عن الدين **وعزل الوكيل**

قريباً منه كان الصيد لرب الأرض فمنعه منه كأنه أخذه بيده، وإن لم يكن بحضرته لا يملكه، ولو أن صيداً دخل دار رجل فأغلق عليه الباب فإن يقدر على أخذه بغير صيد فقد ملكه، ولو أنه أغلق الباب ولم يرد به الصيد ولم يعلم فلا يملكه فإذا خرج منه فهو لمن أخذه اهـ **قوله**: (**لو دخل صيد داره**) قال الكمال: وكذا إذا دخل الصيد داره ولم يعلمه فأغلق بابه فهو لمن أخذه، وإن علم به وأغلق الباب عليه أوسد الكوّة، وكذا إذا وقع في ثياب الشار من السكر أو الدراهم فهو لمن أخذه ما لم يكف ثوبه على الساقط فيه اهـ **قوله**: (**أنزال**) بفتح الهمزة والإنزال جمع نزل يقال: طعام كثير النزل والمنزل أي الريع وهو الزيادة اهـ إتقاني. **قوله في المتن**: (**ما يبطل بالشرط الفاسد الخ**) قال العيني: أربعة عشر على ما ذكره الشيخ اهـ **قوله**: (**والإجارة والإجازة**) كذا في المتن وشرح عليه العيني اهـ وكتب على قوله والإجارة ما نصه قال الشيخ قاسم في شرح النقاية وفي تعليقها أي الإجارة بالشرط اختلاف المشايخ أيضاً قال صاحب المحيط: إذا قال إذا جاء رأس الشهر فقد آجرتك هذه الدار بكذا يجوز وإن كان فيه تعليق وعليه الفتوى وهو قول أبي الليث وأبي بكر الإسكاف وقال الصفار: لا يصح لأنه تعليق التمليك بعوض وهو اختيار ظهير الدين اهـ قال في فتاوى قاضيخان: في أوّل كتاب الإجارة رجل قال: لغيره آجرتك داري هذه رأس الشهر كل شهر بكذا جاز في قولهم، ولو قال: إذا جاء رأس الشهر فقد آجرتك هذه الدار كل شهر بكذا

---

(١) ذكره الزيلعي في نصب الراية (٤/ ٣١٨) بدون لفظ «البيض صيد».

(٢) ما بين معكوفتين زيادة من المطبوع.

والاعتكاف والمزارعة والمعاملة والإقرار والوقف والتحكيم) والأصل فيه أن كل ما كان مبادلة مال بمال يبطل بالشروط الفاسدة لما روي أنه عليه السلام «نهى عن بيع وشرط»(١) وما كان مبادلة مال بغير مال أو كان من التبرعات لا يبطل بالشروط الفاسدة، لأن الشروط الفاسدة/ من باب الربا وهو يختص بالمعاوضة المالية دون [١٧٤/٢] غيرها من المعاوضات والتبرعات، لأن الربا هو الفضل الخالي عن العوض وحقيقة الشروط الفاسدة هي زيادة ما لا يقتضيه العقد ولا يلائمه فيكون فيه فضل خال عن العوض وهو الربا بعينه، ولا يتصوّر ذلك في المعاوضات غير المالية كالنكاح والطلاق على مال والخلع ونحو ذلك ولا في التبرعات فيبطل الشرط ويصح تصرفه فيه، ألا ترى أنه عليه السلام أجاز العمرى وأبطل الشرط وأصل آخر إن التعليق بالشرط المحض لا يجوز في التمليكات لأنه من باب القمار وإنه منهي عنه وما هو من باب الإسقاط المحض الذي يحلف به يجوز تعليقه مطلقاً وذلك مثل الطلاق والعتاق وما هو من باب الإطلاقات والولايات يجوز تعليقه بالشرط الملائم، وكذا التحريضات قال عليه السلام: «من قتل قتيلاً فله سلبه»(٢) وأَمَّرَ رسول الله ﷺ زيد بن حارثة في

قال الفقيه أبو الليث وأبو بكر الإسكاف: يجوز ذلك، وقال الفقيه الصفار: لا يجوز لأنه تعليق التمليك بعوض فلا يصح كما لو علقها بشرط آخر، والذي يؤيد قوله ما ذكر في الجامع رجل حلف أن لا يحلف ثم قال لامرأته: إذا جاء غد فأنت طالق كان حانثاً في يمينه، وهذا يؤيد قوله: والذي يؤيد قول الفقيه أبي الليث ما ذكر في المنتقى رجل له خيار الشرط في البيع فقال: أبطلت خياري غداً أو قال: أبطلت إذا جاء غد كان ذلك جائزاً قال: وليس هذا كقوله إن لم أفعل كذا فقد أبطلت خياري فإن هذا لا يصح لأن هذا وقت يجيء لا محالة ولو آجر داره كل شهر بكذا، ثم قال: إذا جاء هذا الشهر فقد أبطلت الإجارة قال الفقيه أبو بكر البلخي: كما يصح تعليق الإجارة لمجيء الشهر يصح تعليق فسخها لمجيء الشهر وغيره من الأوقات ومسألة المنتقى تعليق إبطال الخيار يؤيد قوله: وقال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله قال بعض أصحابنا رحمهم الله: إضافة الفسخ إلى الغد وغيره من الأوقات صحيح وتعليق الفسخ لمجيء الشهر وغير ذلك لا يصح والفتوى على قوله اهـ قلت: وحاصل ما ذكره في شرح النقاية أن الفتوى على صحة تعليق الإجارة كما إذا قال: إذا جاء رأس الشهر فقد آجرتك هذه الدار بكذا واستفيد مما ذكره قاضيخان أن الفتوى على أن إضافة الفسخ إلى الغد وغيره تصح وأن تعليق الفسخ بمجيء الشهر وغيره لا يصح اهـ **قوله: (وعزل الوكيل إلخ)** وأما تعليق الوكالة بالشرط فهل يجوز ينظر في الكنز قبيل كتاب المكاتب اهـ

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) تقدم تخريجه.

غزوة فقال: «إن قتل زيد فجعفر وإن قتل جعفر فعبد الله بن رواحة»[1] رواه البخاري.
فإذا عرفنا هذا جئنا إلى ما ذكر في الكتاب فنقول: البيع معاوضة مال بمال **فيفسد بالشروط الفاسدة** لما روينا **ولا يجوز تعليقه بالشرط** مطلقاً إن كان الشرط بكلمة إن بأن قال بعت منك إن كان كذا ويبطل البيع به سواء كان الشرط نافعاً أو ضاراً إلا في صورة واحدة وهو أن يقول: بعت منك هذا إن رضي فلان به فإنه يجوز إذا وقته بثلاثة أيام، لأنه اشتراط الخيار للأجنبي وهو جائز على ما بيناه من قبل، وإن كان الشرط بكلمة على فإن كان الشرط مما يقتضيه العقد **أو يلائمه** أو فيه أثر أو جرى التعامل به كما إذا شرط تسليم المبيع أو الثمن أو التأجيل أو الخيار لا يفسد البيع ويجوز الشرط، وكذا إذا اشترى النعل على أن يحذوها البائع، وإن كان الشرط لا يقتضيه العقد ولا يلائمه ولا العادة جرت به، فإن كان في الشرط منفعة **لأهل لاستحقاق** فسد البيع وإلا فلا، وقد بيناه من قبل، **والقسمة والإجارة** تمليك، أما الإجارة فظاهر لأن فيها تمليك المنفعة والأجرة والقسمة فيها معنى المبادلة فصار كالبيع **والرجعة** استدامة الملك فيكون معتبراً بابتدائه فلا يجوز تعليقه بالشرط كما لا يجوز تعليق ابتداء الملك به، **والصلح**

قوله: (فيفسد بالشروط الفاسدة) قال العيني: فإذا باع عبداً وشرط استخدامه شهراً أو باع داراً على أن يسكنها فالبيع فاسد كما مر اهـ **قوله: (ولا يجوز تعليقه بالشرط الخ)** لأن تعليق التمليك لا يصح اهـ **قوله: (أو يلائمه)** أي كالرهن والكفالة لأنهما للوثيقة والتأكيد لجانب الاستيفاء والمطالبة لأن استيفاء الثمن مقتضى العقد ومؤكده ملائم له إذا كان معلوماً بأن كان الرهن والكفالة معينين اهـ ذكره الشارح في البيع الفاسد اهـ **قوله: (لأهل الاستحقاق)** وأهل الاستحاق هو البائع والمشتري والمبيع الآدمي والأجنبي اهـ ذكره الشارح في البيع الفاسد اهـ **قوله: (والقسمة إلخ)** قال العيني: بأن كان للميت دين على الناس فاقتسموا التركة من الدين والعين وشرطوا أن يكون الدين لأحدهم والعين للباقين فهذا فاسد، وصورة تعليقها بالشرط بأن اقتسموا الدار وشرطوا فيها رضا فلان فهذا فاسد أيضاً، لأن القسمة فيها معنى المبادلة فصار كالبيع فيبطل بالشرط الفاسد اهـ **قوله: (والإجارة)** قال العيني: بأن آجر داراً بشرط أن يقرضه المستأجر أو يهدي إليه أو آجره إياها إن قدم زيد اهـ وقوله والإجازة بالزاي بأن باع الفضولي عبد فلان فقال: أجزته بشرط أن يقرضني أو يهدي إليّ أو علق إجازته بشرط بأن قال: أجزت البيع إن رضي فلان لأن الإجازة بيع معنى. **قوله: (والرجعة)** قال العيني: بأن قال لمطلقته الرجعية راجعتك على أن تقرضيني كذا، أو إن قدم زيد لأنها استدامة الملك فيكون معتبراً بابتدائه فكما لا يجوز تعليق ابتدائه فكذا لا يجوز تعليقها أيضاً اهـ وصورة أخرى لفساد الرجعة بالشرط الفاسد بأن قال: راجعتك إن انقضت

---

(١) أخرجه البخاري في المغازي (٤٢٦١).

عن مال بمال معاوضة مال بمال على ما يذكر في الصلح إن شاء الله تعالى فيكون بيعاً، **والإبراء عن الدين** تمليك من وجه حتى يرتد بالرد، وإن كان فيه معنى الإسقاط فيكون معتبراً بالتمليكات فلا يجوز تعليقه بالشرط، **وعزل الوكيل والاعتكاف** ليسا مما يحلف به فلا يجوز تعليقهما بالشرط، **والمعاملة** وهي المساقاة **والمزارعة** إجارة لأن من يجيزهما لم يجزهما إلا على اعتبار الإجارة فيكونان معاوضة مال بمال فيفسدان بالشروط الفاسدة ولا يجوز تعليقهما بالشرط لما ذكرنا، **والإقرار والوقف**

عدتك فإنها تفسد لأنها لا تصح إلا في العدة إجماعاً **قوله: (والصلح عن مال بمال)** قال العيني: بأن قال صالحتك على أن تسكنني في الدار سنة مثلاً أو إن قدم زيد اهـ وكتب على قوله: والصلح عن مال بمال ما نصه كقوله: إذا جاء غد فقد راجعتك، وكذا لا يجوز إضافتها بأن يقول: راجعتك غداً اهـ وكتب ما نصه صورة فساد الصلح عن مال بالشرط الفاسد بأن ادّعى على رجل مالاً معلوماً وأقر المدعى عليه أو أنكر فصالح المدعى عليه بشرط أن يقبل المدعي عبد المدعى عليه الآبق لأجل ما ادَّعى فقبل يكون الصلح فاسداً بناء على أن هذا شرط فاسد لكونه مخالفاً لمقتضى العقد إذ الصلح عن مال بمال بيع في حق المدعي مطلقاً والقدرة على تسليم المبدل شرط جوازه ولا قدرة هنا فيكون الصلح فاسداً، وتعليقه بالشرط بأن قال: صالحتك على كذا إذا جاء رأس الشهر وقبل الآخر فإنه لا يجوز لأنه في معنى البيع اهـ **قوله: (والإبراء عن الدين)** قال العيني: بأن قال: أبرأتك عن ديني على أن تخدمني شهراً أو إن قدم فلان اهـ وقال بعضهم صورة فساد الإبراء عن الدين بالشرط الفاسد بأن قال لمديونه: أبرأت ذمتك عن ديني بشرط أن لي الخيار في ردّ الإبراء في أي وقت شئت، وصورة تعليقه بالشرط بأن قال: لمديونه أو كفيله إذا أدَّيت إليّ كذا أو متى أدَّيت أو إن أدّيت إليّ خمسمائة فأنت بريء عن الباقي فهو باطل ولا يبرأ، وإن أدّى إليه خمسمائة سواء ذكر لفظ الصلح أو لم يذكر لأنه صرح بالتعليق فيبطل به اهـ **قوله: (وعزل الوكيل)** قال العيني: بأن قال: لوكيله عزلتك على أن تهدي لي شيئاً أو إن قدم فلان اهـ فالوكالة باقية لفساد العزل **قوله: (والاعتكاف)** قال العيني: بأن قال عليّ أن أعتكف إن شفى الله مريضي أو إن قدم فلان اهـ وقال بعضهم صورة فساد الاعتكاف بالشرط الفاسد بأن قال: من عليه اعتكاف أيام نويت أن أعتكف عشرة أيام لله بشرط أن لا أصوم أو بشرط أن أباشر امرأتي في اعتكافي أو أن أخرج في أي وقت أشاء لحاجة وغيرها يكون الاعتكاف فاسداً لأن هذا شرط فاسد وتعليقه بالشرط بأن قال: نويت أن أعتكف عشرة أيام إن شاء الله اهـ **قوله: (والمعاملة)** قال العيني: بأن قال: ساقيتك شجري أو كرمي علي أن تقرضني كذا أو إن قدم فلان اهـ وقيل: صورة فساد المعاملة بالشرط بأن وقَّتا فيها وقتاً يعلم أنه لا تخرج الثمرة فيه فيفسد لفوات المقصود وهو الشركة في الخارج اهـ **قوله: (والمزارعة)** بأن قال: زارعتك أرضي على أن تقرضني كذا أو إن قدم فلان اهـ وقال بعضهم: صورة فساد المزارعة

ليسا مما يحلف به فلا يجوز تعليقهما بالشرط، وهذا لأن الإقرار إخبار متردد بين الصدق والكذب فإن كان كذباً لا يكون صدقاً بفوات الشرط ولا بالعكس، وإنما التعليق في الإيجابات ليتبين أنه ليس بإيقاع قبل وجود الشرط بخلاف ما إذا علق الإقرار بموته أو بمجيء الوقت فإنه يجوز ويحمل على أنه فعل ذلك للاحتراز عن الجحود أو دعوى الأجل فيلزمه للحال على ما نبينه في موضعه إن شاء الله تعالى **والتحكيم** لا يصح/ معلقاً بخطر ولا مضافاً إلى زمان بأن قال المحكمان: إذا أهل [١٧٤ب/٢] الشهر أو قالا: لعبد أو كافر إذا أعتقت أو أسلمت فاحكم بيننا وهذا عند أبي يوسف رحمه الله، وقال محمد: يجوز تعليقه بشرط وإضافته إلى الزمان لأنه ليس فيه إلا تفويض وتولية فصار كالوكالة والإمارة والقضاء، ولأبي يوسف رحمه الله أن التحكيم تولية صورة وصلح معنى إذ لا يصار إليه إلا بتراضيهما لقطع الخصومة بينهما، فباعتبار أنه صلح لا يصح تعليقه ولا إضافته وباعتبار أنه تولية يصح فلا يصح بالشك والاحتمال.

قال رحمه الله: **(وما لا يبطل بالشرط الفاسد القرض والهبة والصدقة والنكاح والطلاق والخلع والعتق والرهن والإيصاء والوصية والشركة والمضاربة والقضاء والإمارة**

بالشرط الفاسد بأن عقد المزارعة وشرطا لأحدهما قفزاناً مسماة أو شرطا أن يرفع صاحب البذر بذره ويكون الباقي بينهما نصفين فهي باطلة لأنه عسى أن لا تخرج الأرض إلا هذا المقدار اهـ **قوله**: **(والإقرار)** بأن قال: لفلان عليّ كذا إن أقرضني كذا أو إن قدم فلان اهـ عيني **قوله**: **(والوقف)** بأن قال: أوقفت داري إن قدم فلان أو أوقفت داري عليك إن أخبرتني بقدوم فلان اهـ ع **قوله**: **(والتحكيم)** بأن قالا: حكمنا هذا إن كافراً أو محدوداً في قذف فلا يصح التحكيم لأنهما جعلاه قاضياً بشرط عدم أهلية القضاء (فرع) يحفظ ولو قال: كلما دخل نجم ولم تؤدّ فالمال حال صح والمال يصير حالاً في حيل شمس الأئمة الحلواني كذا في الخلاصة في الفصل الخامس من البيوع اهـ **قوله في المتن**: **(وما لا يبطل بالشرط الفاسد الخ)** سبعة وعشرون شيئاً على ما ذكره اهـ عيني **قوله**: **(القرض)** بأن قال أقرضتك هذه المائة بشرط أن تخدمني شهراً مثلاً اهـ عيني. **قوله**: **(والهبة)** بأن قال: وهبتك هذه الجارية بشرط أن يكون حملها لي اهـ **قوله**: **(والصدقة)** بأن قال: وهبتك هذه المائة على أن تخدمني جمعة اهـ ع أو تصدّقت عليك بهذه الجارية بشرط أن يكون حملها لي اهـ وكتب على قوله: والصدقة ما نصه ليس في خط الشارح وهو ثابت في المتن اهـ **قوله**: **(والنكاح)** بأن قال تزوّجتك على أن لا يكون لك مهر يصح النكاح ويفسد الشرط ويجب مهر المثل أو قال رجل: لآخر زوجتك بنتي على أن تزوجني بنتك بشرط أن يكون بضع كل منهما صداقاً للأخرى فهذا شرط فاسد، **قوله**: **(والطلاق)** بأن قال: طلقتك على أن لا تتزوجي غيري **قوله**: **(والخلع)** بأن قال: خالعتك على أن يكون الخيار لي مدة سماها

والكفالة والحوالة والوكالة والإقالة والكتابة وإذن العبد في التجارة ودعوة الولد والصلح

بطل الشرط ووقع الطلاق ووجب المال. **قوله**: (**والعتق**) بأن قال: أعتقتك على أن يكون الخيار لي ثلاثة أيام أو على أن لا ولاء لي عليك اهـ **قوله**: (**والرهن**) بأن قال: رهنت عندك هذا العبد بمائة درهم على أن لا يكون مضموناً عليك أو على أن لا تقبضه وقبل الآخر اهـ **قوله**: (**والإيصاء**) بأن قال: أوصيت إليك على أن تزوّج ابنتي أو أوصى إلى فلان وشرط أن لا يخرج من الوصاية، وإن خان وترك حفظ الأمانة فالإيصاء جائز والشرط باطل. **قوله**: (**والوصية**) قال العيني: بأن قال أوصيت لك بثلث مالي إن أجاز فلان اهـ أو بأن قال: أوصيت بخدمة عبدي هذا لفلان على أن لا يسلم العبد إلى الموصى له ومات الموصي والعبد يخرج من الثلث يسلم للموصى له بالخدمة لأن هذا شرط فاسد لمخالفته لمقتضى الوصية وهي لا تبطل به اهـ **قوله**: (**والشركة والمضاربة**) بأن قال شاركتك على أن تهديني كذا، أو ضاربتك في ألف على النصف في الربح إن شاء فلان أو إن قدم فلان قاله العيني، وقيل: صورة إدخال الشرط الفاسد في الشركة والمضاربة بأن عقدا الشركة لأحدهما ألف وللآخر ألفان وشرطا الربح والوضيعة نصفين فالشرط فاسد والشركة صحيحة، وعلى هذا إذا شرطا الوضيعة على المضارب بطل الشرط لا المضاربة، **قوله**: (**والقضاء**) بأن قال الخليفة: وليتك قضاء مكة مثلاً على أن لا تعزل أبداً قاله العيني، وقيل: صورة إدخال الشرط الفاسد في القضاء بأن قال القاضي لصاحب الحق: أقضي لأجلك على زيد بشرط أن تحط من دينك، كذا أو تؤجله إلى وقت كذا فهذا الشرط فاسد اهـ **قوله**: (**والإمارة**) قال العيني: بأن قال الخليفة وليتك إمارة الشام مثلاً على أن تركب فهذا الشرط باطل ولا تبطل إمرته بهذا، **قوله**: (**والكفالة**) بأن قال: كفلتك عن غريمك إن أقرضتني كذا اهـ **قوله**: (**والحوالة**) بأن قال أحلتك على فلان بشرط أن لا ترجع عند التوى. **قوله**: (**والوكالة**) بأن قال: وكلتك إن أبرأت ذمتي عما لك عليّ اهـ وكتب على قوله: والوكالة ما نصه بأن قال: وكلتك بشرط أن لا أعزلك فالوكالة جائزة وله عزله متى شاء اهـ **قوله**: (**والإقالة**) بأن قال: أقلتك عن هذا البيع إن أقرضتني كذا قاله العيني، وقيل: صورته بأن أقال البائع مع المشتري البيع بشرط الزيادة على الثمن الأول فالإقالة صحيحة والشرط فاسد اهـ **قوله**: (**وإذن العبد**) بأن قال لعبده: أذنت لك في التجارة بشرط أن تتوقت إلى سنة مثلاً أو على أن تتجر في كذا فإن إذنه يكون عاماً في التجارات والأوقات إلى أن يحجر المولى لأن هذا شرط فاسد بناء على أن الإسقاطات لا تتوقت، **قوله**: (**ودعوة الولد**) بأن ادَّعى نسب أحد التوءمين بشرط أن لا يكون نسب الآخر منه أو ادَّعى نسب ولد بشرط أن لا يرث منه ثبت نسب كل واحد من التوءمين ويرث وبطل الشرط لأنهما من ماء واحد فمن ضرورة ثبوت نسب أحدهما ثبوت نسب الآخر لما عرف، وشرطه أن لا يرث شرط فاسد لمخالفته الشرع والنسب لا يفسد به، كذا في بعض الشروح وقال العيني: بأن قال: لأمته التي ولدت منه هذا الولد مني إن رضيت امرأتي اهـ

عن دم العمد والجراحة وعقد الذمة وتعليق الرد بالعيب أو بخيار الرؤية وعزل القاضي) هذه كلها لا تبطل بالشروط الفاسدة لما ذكرنا أن الشروط الفاسدة من باب الربا وأنه يختص بالمبادلة المالية وهذه العقود ليست بمعاوضة مالية فلا يؤثر فيها الشروط الفاسدة ألا ترى أنه عليه الصلاة والسلام أجاز العمرى وأبطل شرط المعمر، وكذا أبطل شرط الولاء لغير المعتق بقوله ﷺ لعائشة رضي الله عنها: «ابتاعي فأعتقي فإنما الولاء لمن أعتق»[1]. قاله لها حين أراد موالي بريرة أن يكون الولاء لهم بعدما أعتقتها لكن الكتابة إنما لا تفسد بالشرط المفسد إذا كان الشرط غير داخل في صلب العقد بأن كاتبه على أن لا يخرج من البلد أو على أن لا يعامل فلاناً أو على أن يعمل في نوع من التجارة فإن الكتابة على هذا الشرط تصح **ويبطل الشرط** فله أن يخرج من البلد ويعمل ما شاء من أنواع التجارة مع أي شخص شاء، وأما إذا كان الشرط داخلاً في صلب العقد بأن كان في نفس البدل كالكتابة على خمر ونحوها **فإنها تفسد به**، وإنما كانت كذلك لأن الكتابة تشبه البيع من حيث أن العبد مال في حق المولى وتشبه النكاح من حيث أنه ليس بمال في حق نفسه فعملنا بالشبهين فلشبهها بالبيع تفسد إذا كان المفسد في صلب العقد ولشبهها بالنكاح لا تبطل

قوله: (والصلح عن دم العمد) بأن صالح ولي المقتول عمداً القاتل على شيء بشرط أن يقرضه أو يهدي إليه شيئاً فإن الصلح صحيح والشرط فاسد ويسقط الدم لأنه من الإسقاطات فلا يحتمل الشرط اهـ **قوله: (والجراحة)** بأن شج رجلاً موضحة خطأ فصالح بشرط أن يعطي الشاج زيادة عن أرش الموضحة أو كان عمداً فصالح على خمسمائة بشرط أن يقتص المشجوج بعد الشهر فالصلح جائز وشرط الزيادة في الأول والقصاص في الثاني بعد الشهر باطل لما يذكر في باب الجنايات **قوله: (وعقد الذمة)** قال العيني: بأن قال الإمام لحربي يطلب عقد الذمة ضربت عليك الجزية إن شاء فلان مثلاً فإن عقد الذمة صحيح والشرط باطل اهـ وكذلك لو شرط في عقد الذمة أن لا يعطوا الجزية بطريق الإهانة أو أن لا يظهروا الكستيج. **قوله: (وتعليق الرد بالعيب)** أي كقوله: إن وجدت به عيباً أردّ عليك إن شاء فلان اهـ عيني. **قوله: (أو بخيار الشرط)** بأن قال: من له خيار الشرط في البيع رددت البيع أو أسقطت خياري إن شاء فلان فإنه يصح الرد ويبطل الشرط قاله العيني. **قوله: (الرؤية)** كذا بخط الشارح والثابت في المتون الشرط اهـ **قوله: (وعزل القاضي)** بأن قال الخليفة: عزلتك عن القضاء إن شاء فلان فإنه ينعزل ويبطل الشرط قاله العيني. **قوله: (ويبطل الشرط)** أي لأنه شرط مخالف لمقتضى العقد وهو مالكية اليد على وجه الاستبداد وثبوت الاختصاص يخالفه فلذا بطل الشرط وصح العقد اهـ **قوله: (فإنها تفسد به)** أي على ما عرف في موضعه

---

(١) أخرجه البخاري في الصلاة (٤٥٦)، ومسلم في العتق (١٥٠٤)، وأبو داود في العتق (٣٩٢٩).

بالشرط الزائد، ومن هذا القسم أي من القسم الذي لا يبطل بالشروط الفاسدة **الصلح عن جناية العمد** والوديعة والعارية إذا ضمنها رجل وشرط فيها حوالة أو كفالة ذكره في النهاية في آخر كتاب الهبة، **ثم الشيخ رحمه الله ذكر هنا** ما يبطل بالشروط الفاسدة وما لا يبطل بها وما لا يصح تعليقه بالشرط، **ولم يذكر هنا** ما يجوز تعليقه بالشرط ولا ما يجوز إضافته إلى الزمان ولا ما لا يجوز إضافته إليه ونحن نذكر ذلك بتوفيق الله تعالى تكملة لما ذكره من الأقسام وتتميماً للفائدة في موضعه، وإنما تركه الشيخ هنا لأنه ذكر بعضها في آخر كتاب الإجارة فنقول أما الأول: وهو ما يجوز تعليقه بالشرط **فهو مختص بالإسقاطات المحضة** التي يحلف بها كالطلاق والعتاق، وبالالتزامات التي يحلف بها كالحج والصلاة أو التوليات كالقضاء والإمارة على ما بينا، وأما الثاني وهو ما يجوز إضافته إلى ما يستقبل من الزمان فأربعة عشر الإجارة وفسخها والمزارعة والمعاملة والمضاربة والوكالة/ والكتابة [**والكفالة** والوصية][(١)] والإيصاء والقضاء [١٧٥/أ/٢] والإمارة والطلاق والوقف لأن الإجارة تتضمن تمليك المنافع وهي لا يتصور وجودها في الحال فتكون مضافة ضرورة، وهو معنى قول أصحابنا: الإجارة تنعقد ساعة فساعة على حسب حدوثها على ما يجيء بيانه في موضعه إن شاء الله تعالى، وفسخ الإجارة معتبر بالإجارة فيجوز مضافاً، ألا ترى أن فسخ البيع وهو الإقالة معتبر به حتى لا يجوز تعليقه بالشرط ولا إضافته إلى الزمان كالبيع والمزارعة والمعاملة إجارة، ألا ترى أن من يجيزهما لا يجيزهما إلا بطريقهما ويراعي فيها شرائطها والمضاربة والوكالة من باب الإطلاقات، ومن جملة الإسقاطات لأن تصرف الوكيل قبل التوكيل في مال الموكل كان موقوفاً حقاً للمالك فهو بالتوكيل أسقط ذلك فيكون إسقاطاً فيقبل التعليق والكفالة من باب الإلتزامات فتجوز إضافتها إلى الزمان وتعليقها بالشرط الملائم **على ما بينا** في الكفالة بخلاف الوكالة حيث يجوز تعليقها بالشرط المتعارف مطلقاً لما ذكرنا، والإيصاء بالمال أو بإقامة شخص مقام نفسه في التصرف لا يكون

اهـ **قوله**: (**الصلح عن جناية العمد**) الذي في خط الشارح الغصب بدل قوله العمد اهـ **قوله**: (**ثم الشيخ رحمه الله ذكر هنا**) أي ثلاثة أقسام اهـ **قوله**: (**ولم يذكر هنا**) أي ثلاثة أقسام أخرى اهـ **قوله**: (**فهو مختص بالإسقاطات المحضة**) قال قاضيخان: آخر كتاب الوكالة رجل قال لغيره: إذا تزوجت فلانة فطلقها ثم تزوّج فلانة فطلقها الوكيل طلقت لأن الوكالة تحتمل التعليق والإضافة اهـ وهذا تعليق لا إضافة كم لا يخفى. **قوله**: (**والكفالة**) اعلم أنه لم يكن في خط الشارح الكفالة والوصية مع أنه لا يتم العدد إلا بذلك اهـ **قوله**: (**على ما**

---

(١) أخرجه البخاري في الصلاة (٤٥٦)، ومسلم في العتق (١٥٠٤)، وأبو داود في العتق (٣٩٢٩).

إلا مضافاً، لأن حقيقتها تمليك بعد الموت أو توكيل بعد الموت فيجوز تعليقها وإضافتها، أما الإيصاء إلى شخص فلأنه توكيل وقد بينا أنه يجوز تعليقه بالشرط، وأما الوصية بالمال فلأن لفظها ينبئ عن التمليك بعد الموت إذ لا يتصور أن تكون للحال **إلا مجازاً** والقضاء والإمارة تولية وتفويض محض فجاز إضافته وتعليقه بالشرط، وأما الثالث: وهو ما لا تصح إضافته إلى الزمان **فتسعة** البيع وإجازته وفسخه والقسمة والشركة والهبة والنكاح والرجعة والصلح عن مال والإبراء من الدين لأن هذه الأشياء تمليكات فلا يجوز إضافتها إلى الزمان كما لا يجوز تعليقها بالشرط لما فيه من معنى القمار والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب.

نبينه) الذي بخط الشارح على ما بينا **قوله**: **(إلا مجازاً)** أي عن الوكالة اهـ **قوله**: **(فتسعة)** كذا بخط الشارح والظاهر أنه فعشرة كذا بخط شيخنا الغزي رحمه الله وإنما عدّها الشارح تسعة نظراً إلى أن البيع وإجازته كشيء واحد اهـ

كتاب الصرف

قال رحمه الله: (هو بيع بعض الأثمان ببعض) كالذهب والفضة إذا بيع أحدهما بالآخر أو بجنسه هذا في الشرع، وفي اللغة تفسيران أحدهما الفضل **قاله الخليل ومنه سمي التطوع** من العبادات صرفاً لأنه زيادة على الفرائض، قال عليه الصلاة والسلام: «**من انتمى إلى غير أبيه** لا يقبل الله منه صرفاً **ولا عدلاً**» أي لا نفلاً ولا فرضاً

كتاب الصرف

وجه المناسبة مرّ في أوّل باب السلم اهـ غاية. قال في المصباح: صرفت المال أنفقته وصرفت الذهب بالدراهم بعته واسم الفاعل من هذا صيرفي وصيرف وصراف للمبالغة قال ابن فارس الصرف فضل الدرهم في الجودة على الدرهم ومنه اشتقاق الصيرفي اهـ وقال في المغرب: صرف الدراهم باعها بدراهم أو بدنانير وأصرفها اشتراها وللدرهم على الدرهم صرف في الجودة والقيمة أي فضل، وقيل: لمن يعرف هذا الفضل ويميز هذه الجودة صراف وصيرف وصيرفي وأصله من الصرف النقل لأن ما فضل صرف على النقصان، وإنما سمي بيع الأثمان صرفاً إما لأن الغالب على عاقده طلب الفضل والزيادة، أو لاختصاص هذا العقد بنقل كلا البدلين من يد إلى يد في مجلس العقد اهـ **قوله: (قاله الخليل)** قال الخليل: في كتاب العين الصرف فضل الدرهم على الدرهم في القيمة اهـ **قوله: (ومنه سمي التطوّع إلخ)** قال الإتقاني رحمه الله: وأما قوله: سميت العبادة النافلة صرفاً ففيه نظر لأنه أورد الزمخشري في فائقه في حديث النبي ﷺ في ذكر المدينة «فمن أحدث فيها حدثاً أو آوى محدثاً فعليه لعنة الله إلى يوم القيامة لا يقبل منه صرف ولا عدل»[1] فقال الصرف: التوبة لأنه صرف للنفس إلى البر عن الفجور والعدل القربة من المعادلة وقال صاحب الجمهرة: قال بعض بعض أهل اللغة: الصرف الفريضة والعدل النافلة وقال قوم الصرف: الوزن والعدل الكيل إلى هنا لفظ الجمهرة اهـ ما قاله الإتقاني رحمه الله، قوله: من أحدث فيها حدثاً قال الكمال: والمراد من إحداث الحدث فعل ما يوجب الحد اهـ وكتب على قوله ومنه سمي التطوّع إلخ ما نصه قال الكمال رحمه الله: بهد أن أورد اعتراض الإتقاني على صاحب الهداية في تفسير الصرف بالنافلة، والجواب أن أهل اللغة اختلفوا في ذلك فقد ذكر في الجمهرة عن بعض أهل اللغة الصرف الفريضة والعدل النافلة، وفي الغريبين عن بعضهم الصرف النافلة والعدل الفريضة كما ذكر المصنف ولا اعتراض عليه مع أنه الأنسب اهـ

---

(١) أخرجه البخاري في الحج (١٨٧٠)، ومسلم في الحج (١٣٧٠)، والترمذي في الولاء والهبة (٢١٢٧).

وسمي هذا البيع به لأنه **لا ينتفع بعينه** ولا يطلب منه إلا الزيادة، والثاني: النقل والرد قال الله تعالى ﴿ ثم انصرفوا صرف الله قلوبهم ﴾ [التوبة:١٢٧]، وسمي به على هذا الاعتبار للحاجة إلى النقل في بدليه من يد إلى يد قبل الافتراق.

قال رحمه الله: (فلو تجانسا شرط التماثل والتقابض، وإن اختلفا جودة وصياغة وإلا شرط التقابض) يعني إذا بيع جنس الأثمان بجنسه كالذهب بالذهب أو الفضة بالفضة يشترط فيه التساوي والتقابض قبل الافتراق ولا يجوز التفاضل فيه. وإن اختلفا في الجودة والصياغة وإن لم يكونا من جنس واحد بأن باع الذهب بالفضة يشترط التقابض فيه ولا يشترط التساوي لحديث عبادة بن الصامت أنه عليه الصلاة والسلام قال: «الذهب بالذهب والفضة بالفضة إلى أن قال مثلاً بمثل سواء بسواء يداً بيد فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يداً بيد» رواه مسلم وأحمد وغيرهما. **وقال عمر رضي الله عنه: الذهب بالذهب** مثل بمثل والورق بالورق مثل بمثل إلى أن قال وإن استنظرك إلى أن يدخل بيته فلا تنظره / ولأنه لا بد من قبض أحدهما [١٧٥ب/٢] قبل الافتراق كيلا يكون افتراقاً عن دين بدين ولا بد من قبض الآخر **لعدم الأولوية** تحقيقاً للمساواة بينهما لأن النقد خير من النسيئة لأنها على عرض التوى دونه، ولا فرق في ذلك بين أن يكونا مما يتعين بالتعيين كالمصوغ والتبر أو لا يتعينان كالمضروب أو يتعين أحدهما دون الآخر لإطلاق ما روينا، ولأنه إن كان مما يتعين بالتعيين ففيه شبهة عدم التعيين لكونه من جنس الأثمان **خلقة**، ثم اختلفوا في القبض هل هو شرط صحة العقد أو شرط البقاء على الصحة فقيل: هو شرط الصحة

قوله: (**من انتمى إلى غير أبيه**) الذي في خط الشارح من انتمى إلى غير الله، **قوله**: (**ولا عدلاً**) المراد بالعدل الفرض الذي هو مستحق عليه ولا شك في. **قوله**: (**لأنه لا ينتفع بعينه**) أي لا ينتفع بعين الذهب والورق وإنما ينتفع بغيرهما مما يقابلهما من نحو الخبز واللحم والثوب في دفع الجوع والعطش دفع الحر والبرد وغير ذلك اهـ إتقاني. **قوله**: (**وقال عمر رضي الله عنه: الذهب بالذهب إلخ**) روى محمد في كتاب الصرف قال: حدثنا عبيد الله بن عمرو عن نافع عن عبدالله بن عمر بن الخطاب عن عمر أنه قال: الذهب بالذهب مثل بمثل والورق بالورق مثل بمثل لا تفضلوا بعضها على بعض لا يباع منها غائب بناجز فاني أخاف الرماء، وإن استنظرك إلى أن يدخل بيته فلا تنظره والرماء بالمد بمعنى الربا وقال القدوري في شرحه لمختصر الكرخي، وعن ابن عمر أنه قال: إن وثب منْ سطح فثب معه اهـ إتقاني. **قوله**: (**لعدم الأولوية**) أي لأن أحد العوضين ليس بأولى من الآخر في القبض لأن خلقة الذهب والفضة للثمنية، وإن كانا مما يتعينان كالتبر والمصوغ اهـ إتقاني. **قوله**: (**خلقة**) أخرج ما هو ثمن بالاصطلاح كالفلوس قال البزازي ولو اشترى مائة فلس بدرهم يكفي

فعلى هذا ينبغي أن يشترط القبض مقروناً بالعقد إلا أن حالهما قبل الافتراق جعلت كحالة العقد تيسيراً فإذا وجد القبض فيه يجعل كأنه وجد حالة العقد فيصح وقيل: هو شرط البقاء على الصحة فلا يحتاج إلى هذا التقدير، والشرط أن يقبضا قبل الافتراق بالأبدان **حتى لو ناما** أو أغمي عليهما في المجلس ثم تقابضا قبل الافتراق صح **بخلاف خيار المخيرة** لأنه يبطل بالإعراض أو بما يدل عليه.

قال رحمه الله: (فلو باع الذهب بالفضة مجازفة صح إن تقابضا في المجلس) لأن المستحق هو القبض قبل الافتراق دون التسوية لما روينا فلا يضر الجزاف، وإن افترقا قبل قبضهما أو قبل قبض أحدهما بطل لفوات الشرط وهو القبض، ولهذا لا يصح فيه شرط الخيار والأجل لأن الخيار يمنع استحقاق القبض ما دام الخيار باقياً لأن استحقاقه مبني على الملك والخيار يمنعه وبالأجل يفوت القبض المستحق بالعقد

التقابض من أحد الجانبين اهـ **قوله: (حتى لو ناما الخ)** قال في الاختيار: ولو ناما جالسين لم يكن فرقة ولو ناما مضطجعين كان فرقة ولا يجوز خيار الشرط لأنه ينفي استحقاق القبض ولا الأجل لأنه يفوّت القبض الذي هو شرط الصحة فإن أسقطاهما قبل التفرق جاز خلافاً لزفر اهـ قال الكمال رحمه الله: ولتعلق الصحة بعدم الافتراق لا يبطل لو ناما في المجلس قبل الافتراق أو أُغمي عليهما أو طال قعودهما، وعن محمد رحمه الله جعل الصرف كخيار المخيرة يبطل بدليل الإعراض كالقيام من المجلس حتى لو ناما أو أحدهما فهو فرقة ولو ناما جالسين فلا وعنه القعود الطويل فرقة دون التقصير، ولو كان لرجل على آخر ألف درهم وللآخر عليه مائة دينار فأرسل رسولاً يقول له بعتك الدراهم التي لي عليك بالدنانير التي لك عليّ فقال: قبلت كان باطلاً، وكذا لو نادى أحدهما صاحبه من وراء جدار أو من بعيد لأنهما مفترقان، وعن محمد لو قال الأب: اشهدوا أني اشتريت هذا الدينار من ابني الصغير بعشرة وقام قبل نقدها بطل هذا ويجوز الرهن ببدل الصرف والحوالة به كما في رأس مال السلم اهـ فتح. وكتب على قوله: حتى لو ناما ما نصه قال في شرح الطحاوي: ثم وجود التقايض في مجلس العقد ليس بشرط لصحة الصرف ولكن وجود التقابض قبل التفرق بالأبدان شرط حتى أنهما لو تعاقدا ولم يتقابضا حتى مشيا ميلاً أو أكثر فلم يفارق أحدهما صاحبه ولا غاب عنه ثم تقابضا وافترقا جاز الصرف، وكذلك الحكم في تسليم رأس المال في باب السلم يعني أن قبض رأس المال قبل التفرق بالأبدان شرط وقال شمس الأئمة البيهقي في كفايته والافتراق المعتبر الافتراق بالأبدان دون المكان حتى لو قاما فذهبا معاً أو ناما في المجلس أو أغمي عليهما أو طال قعودهما لا يبطل لما مرّ أن الدراهم والدنانير لا يتعينان اهـ إتقاني. **قوله: (بخلاف خيار المخيرة)** يعني أن الصرف لا يبطل بذهاب العاقدين معاً وخيار المخيرة يبطل، وإن مشت مع زوجها لأن اشتغالها بالمشي دليل

شرعاً، إلا إذا أسقط الخيار أو الأجل في المجلس فيعود صحيحاً لزوال المفسد قبل تقرره، ولو باع الفضة أو الذهب بجنسه مجازفة **ثم علما تساويهما قبل الافتراق صح** وبعده لا يصح، وقال زفر: يصح لأن التساوي حق الشرع وقد وجد حالة العقد، قلنا: التسوية شرط واجب علينا فيجب تحصيله بفعلنا، أما وجوده في علم الله تعالى لا يصلح شرطاً للجواز لأن الأحكام تنبني على فعل العباد تحقيقاً لمعنى الابتلاء.

قال رحمه الله: (ولا يجوز التصرف في ثمن الصرف قبل قبضه فإن باع ديناراً بدراهم واشترى بها ثوباً **فسد بيع الثوب**) لأن في تجويزه فوات القبض المستحق بالعقد ولا يقال ينبغي أن يجوز العقد في الثوب **كما نقل عن زفر** إذ النقود لا تتعين في العقود والفسوخ ديناً كانت أو عيناً، ألا ترى أنه لو أسلم ديناً على المسلم إليه جاز السلم حتى إذا سلم إليه رب السلم قدر الدين قبل الافتراق تمّ السلم، ولو تعين لما صح لكونه كالئاً بكالئ لأنا نقول: هو كذلك لا يتعين لكن المانع اشتراط تسليم الثمن على غير العاقد لأن تعيين الدين يكون اشتراطاً على من عليه الدين بأن يوفيه وهو شرط مفسد كما إذا اشترى شيئاً على أن يكون الثمن على غيره، ألا ترى أنه لو كان له دين على شخص فاشترى به شيئاً من غير من عليه الدين لا يجوز لهذا المعنى، أو نقول كل واحد من بدلي الصرف مبيع فلا يجوز التصرف فيه قبل قبضه هذا إذا لم يكن متعيناً بالتعيين كالمضروب، وأما إذا كان مما يتعين كالمصوغ والتبر فإنه لا يجوز بالاتفاق لأنه يكون بيع المبيع قبل القبض وهو لا يجوز على ما بينا من قبل.

قال رحمه الله / [١٧٦/أ/٢]: (ولو باع أمة مع طوق قيمة كل ألف بألفين ونقد من الثمن ألفاً **فهو ثمن الطوق**، وإن اشتراها بألفين ألف نقد وألف نسيئة **فالألف** ثمن الطوق)

الإعراض عما جعل إليها فيبطل خيارها إن لم تفارق الزوج اهـ إتقاني. **قوله**: **(ثم علما تساويهما قبل الافتراق صح)** قال الإتقاني: فأما إذا وزنا في المجلس فوجدا سواء فكان القياس أن لا يجوز لأن العقد وقع على فساد فلا يصح بعد ذلك، وفي الاستحسان يجوز لأن ساعات المجلس جعلت كساعة واحدة دفعاً للعسر وتحقيقاً لليسر فكان العلم بالمماثلة في المجلس كالعلم بها في حال العقد اهـ وكتب على قوله: صح ما نصه وعن أبي حنيفة لا يجوز اهـ كمال. **قوله**: **(فسد بيع الثوب)** أي وثمن الصرف على حاله يقبضه منه ويتم العقد الأول اهـ غاية. وكتب على قوله: فسد بيع الثوب ما نصه ولا يبرأ بائعه عن بدل الصرف اهـ **قوله**: **(كما نقل عن زفر)** أي لا يبرأ بائعه عن الصرف عنده أيضاً اهـ ذخيرة. **قوله**: **(فهو ثمن الطوق)** قال الكمال رحمه الله: وبين الفساد بترك القبض والفساد بالأجل فرق على قول أبي حنيفة في مسألة وهي إذا باع جارية في عنقها طوق فضة زنته مائة بألف

يعني لو باع أمة في عنقها طوق فضة وزنه ألف مثقال مع الطوق وقيمتها ألف بألفي مثقال ونقد منه ألفاً كان المنقود ثمن الطوق، وإن اشتراها بألف نسيئة وبألف حالة كان الحال ثمن الطوق، وفي عبارة الشيخ تسامح فإنه قال: قيمة كل ألف أي قيمة كل واحد من الجارية والطوق ألف درهم ولا يعتبر في الطوق القيمة وإنما يعتبر القدر عند المقابلة بجنسه، وكذا لا يحتاج فيه إلى بيان قيمة الجارية، لأن قدر الطوق صار مقابلاً بالطوق والباقي بالجارية قلّت قيمتها أو كثرت تحرياً للجواز، فلا فائدة في بيان قيمتها ولا في بيان قيمة الطوق إلا إذا قدر أن الثمن خلاف جنس الطوق بأن كان فضة والثمن ذهب أو بالعكس، فحينئذٍ يفيد بيان قيمتها لأن الثمن ينقسم عليهما على قدر قيمتهما، وكذا المراد في قوله فالألف ثمن الطوق أي الألف الحال ثمن الطوق وإنما كان كذلك لأن حصة الطوق يجب قبضه في المجلس لكونه بدل الصرف والظاهر منهما الإتيان بالواجب، لأن دينهما وعقلهما يمنعهما من مباشرة ما لا يجوز شرعاً فيصرف المتأخر إلى الجارية والمقبوض والحال إلى الطوق لإحسان الظن بالمسلم ولو كان كل الثمن مؤجلاً فسد البيع في الجميع عند أبي حنيفة، وقالا يفسد في الطوق دون الجارية لأن القبض ليس بشرط في حصتها **فيتقدر الفساد بقدر المفسد** على ما بينا، ولأبي حنيفة رحمه الله أن الفساد مقارن فيتعدى إلى الجميع كما لو جمع بين حر وعبد في البيع **بخلاف الفساد في المسألة الأولى** فإنه طارئ فلا يتعدى إلى غيره، كما إذا اشترى عبدين فهلك أحدهما قبل القبض أو استحق بعده.

درهم حتى انصرف للطوق مائة من ألف فيصير صرفاً فيه وتسعمائة للجارية بيعاً فإنه لو فسد بترك القبض بطل في الطوق وبيع الجارية بتسعمائة صحيح ولو فسد بالأجل بأن باعها بألف درهم إلى أجل فسد فيهما عنده خلافاً لهما فإنهما قالا يفسد في الجارية وفرق أن في الأول انعقد صحيحاً ثم طرأ المفسد فيخص محله وهو الصرف، وفي الثاني انعقد أولاً على الفساد فشاع، وهذا على الصحيح من أن القبض شرط البقاء على الصحة، وفي الكامل لو أسقط الأجل من له الأجل دون الآخر صح في المشهور، وليس في الدراهم والدنانير خيار رؤية لأن العقد لا ينفسخ بردّها لأنه إنما وقع على مثلها بخلاف التبر والحلي والأواني من الذهب لأنه ينتقض العقد بردّه لتعينه فيه، ولو وجد أحدهما أو كلاهما دون الافتراق ما قبض زيفاً أو ستوقاً فحكمه في جميع أبوابه من الاستبدال والبطلان كرأس مال السلم اهـ **قوله: (فالألف)** كذا هو بخط الشارح رحمه الله والذي بأيدينا من نسخ المتن فالنقد اهـ **قوله: (فيتقدر الفساد بقدر المفسد)** أي كما في المسألة الأولى وهي ما إذا باعهما بألفين ونقد من الثمن ألفاً وقال: هي من ثمن الجارية اهـ **قوله: (بخلاف الفساد في المسألة الأولى)** أي وهي ما إذا اشتراها بألف نسيئة وألف حالة وتفرّقا قبل قبض الألف حيث لا يتعدى

قال: (وإن باع سيفاً حليته خمسون بمائة ونقد خمسين فهو حصتها، وإن لم يبين أو قال من ثمنهما) يعني يكون المنقود حصة الحلية، وإن لم يبين أنه حصتها أو قال خذ هذا من ثمنهما، أما إذا لم يبين فلما ذكرنا أن أمرهما يحمل على الصلاح، وأما إذا قال خذ هذا من ثمنهما فلأن التثنية قد يراد بها الواحد منهما، قال الله تعالى: ﴿**نسيا حوتهما**﴾ [الكهف:٦١]. والناسي أحدهما، وقال تعالى: ﴿ يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان ﴾ [الرحمن:٢٢]. والمراد أحدهما، **وقال عليه الصلاة والسلام**: «إذا سافرتما فأذنا وأقيما»(١) والمراد أحدهما فيحمل عليه لظاهر حالهما بالإسلام، ولهذا إذا قال لامرأتيه: إذا حضتما حيضة أو ولدتما ولداً فأنتما طالقتان فولدت أو حاضت إحداهما طلقتا لأنه يراد به إحداهما لاستحالة اجتماعهما في ولد واحد أو حيضة واحدة، بخلاف ما إذا قال: إن حضتما أو ولدتما فأنتما طالقتان حيث يعتبر وجوده منهما للإمكان، وعلى هذا، لو قال: خذ هذا نصفه من ثمن الحلية ونصفه من ثمن السيف لا يبطل أيضاً ويجعل المقبوض من ثمن الحلية، لأنه لو قال بأن الكل ثمن السيف **يكون المقبوض من ثمن الحلية** لأن السيف مع الحلية شيء واحد فيجعل المنقود عوضاً منه، ولأن مراده أن يسلم له كل الثمن ولا يسلم له إلا بهذا الطريق.

قال: (ولو افترقا بلا قبض صح في السيف دونها إن تخلص بلا ضرر وإلا بطلا) يعني بطل العقد فيهما، لأن حصة الصرف يجب قبضه / قبل الافتراق، وإذا لم يقبض [١٧٦ ب/٢] حتى افترقا بطل فيه لفقد شرطه، وكذا في السيف إن كان لا يتخلص إلا بضرر **لتعذر تسليمه بدون الضرر** فصار كبيع جذع من سقف وإن كان يتخلص بدونه جاز للقدرة على التسليم فصار نظير بيع الجارية مع الطوق، وذكر في النهاية معزياً إلى المبسوط فقال: لو قال: خذ هذه الخمسين من ثمن السيف خاصة وقال الآخر: نعم. أو قال: لا وتفرقا على ذلك انتقض البيع في الحلية لأن الترجيح بالاستحقاق عند المساواة في العقد والإضافة ولا مساواة بعد تصريح الدافع فيكون المدفوع من ثمن السيف خاصة، والقول في ذلك قوله: لأنه هو المتملك فيكون أعرف بجهته، قال الراجي – عفو ربه –: ينبغي أن تكون هذه المسألة كالمسألة المتقدمة من أنه ينصرف إلى الحلية على ما بينا ومن أنه على التفصيل المتقدم، يعني إن كانت الحلية تتخلص

الفاسد اهـ **قوله**: (**فنسيا**) كذا بخط الشارح والتلاوة بدون الفاء اهـ **قوله**: (**وقال عليه الصلاة والسلام**) أي لمالك بن الحويرث وابن عم له. **قوله**: (**يكون المقبوض ثمن الحلية**) أي إذا كانت لا تتخلص من السيف إلا بضرر كما سيأتي آنفاً في كلامه وكلام المحيط اهـ **قوله**: (**لتعذر تسليمه بدون الضرر**) أي ولهذا لا يجوز إفراده بالبيع كما مر في جزع من سقف اهـ

بغير ضرر صح في السيف خاصة وإلا فيبطل في الكل لما بينا، وفي المحيط لو قال: هذا من ثمن النصل خاصة ينظر إن لم يمكن التمييز إلا بضرر يكون المنقود ثمن الصرف ويصحان جميعاً لأنه قصد صحة البيع ولا صحة إلا بصرف المنقود إلى الصرف فحكمنا بجوازه تصحيحاً للبيع وإن أمكن تمييزها بغير ضرر بطل الصرف لأنه صرح بفساد الصرف وقصد جواز البيع، ويجوز البيع بدون جواز الصرف فعلى هذا ما ذكره في المبسوط محمول على ما إذا كانت الحلية تتخلص من غير ضرر توفيقاً بينه وبين ما ذكر في المحيط، هذا إذا علم أن الفضة التي هي الثمن أكثر مما في الطوق والحلية وإن علم أنها مثله أو أقل منه لا يجوز للربا وإن كان مجهولاً لا يجوز، وقال زفر: يجوز لأن الأصل هو الجواز والمفسد هو الفضل الخالي عن العوض فما لم يعلم يكون العقد محكوماً بجوازه، وجه الأول أن العلم بالمساواة عند العقد شرط لصحة البيع وهذا لأنه يتصور أن يكون أقل منه أو مثله أو أكثر **فجهة الفساد من وجهين فترجحت من وجهين بالكثرة والحرمة**.

قال: (ولو باع إناء فضة وقبض بعض ثمنه وافترقا صح فيما قبض والإناء مشترك بينهما) يعني إذا باعه بفضة أو ذهب لأنه صرف وهو يبطل بالافتراق قبل القبض فيتقدر الفساد بقدر ما لم يقبض ولا يشيع **لأنه طارئ** ولا يكون هذا تفريق الصفقة أيضاً، لأن التفريق من جهة الشرع باشتراط القبض لا من جهة العاقد ولا يثبت للمشتري خيار العيب أيضاً بالشركة لأن الشركة حصلت من جهته وهو عدم النقد قبل الافتراق بخلاف ما إذا هلك أحد العبدين قبل القبض حيث يثبت له الخيار في أخذ الباقي، لأنه لم يوجد منه الصنع، وبخلاف ما إذا استحق بعض الإناء على ما يجيء.

قال: (وإن استحق بعض الإناء أخذ المشتري ما بقي بقسطه أو رده) لأن الشركة في الإناء عيب لأن التشقيص يضره وهذا العيب كان موجوداً عند البيع مقارناً له بخلاف المسألة الأولى وهي ما إذا اشترى إناء فضة وافترقا وقد بقي عليه بعض الثمن حيث لا يرد لأن التفريط جاء من جهة المشتري على ما بينا.

[١٧٧/ ٢] قال: (ولو باع قطعة نقرة فاستحق بعضها أخذ ما بقي بقسطه بلا/ خيار) لأن الشركة فيها ليست بعيب إذ التشقيص لا يضرها بخلاف الإناء، لكن إن استحق قبل

كمال. **قوله: (فجهة الفساد من وجهين)** أي إذا كانا سواء أو كان وزن الفضة المفردة أقل وجهة الصحة من وجه وهو أن يكون وزن الفضة المفردة أكثر اهـ **قوله: (فترجحت من وجهين بالكثرة والحرمة)** أي وكذا إذا اختلف التجار في قدرها فالبيع باطل اهـ غاية. **قوله: (لأنه طارئ)** أي بعد صحة العقد في الكل بناء على ما هو المختار من أن التقابض قبل الافتراق شرط البقاء على الصحة لا شرط الانعقاد على وجه الصحة فيصح ثم يبطل

القبض بعضه يثبت له الخيار لتفرق الصفقة عليه، كما إذا اشترى عبدين فاستحق أحدهما قبل القبض أو هلك يثبت له الخيار لتفرق الصفقة عليه قبل التمام لا من قبله بخلاف ما إذا استحق بعد القبض لأن الصفقة قد تمت بالقبض.

قال: (وصح بيع درهمين ودينار بدرهم ودينارين وكر بر وشعير بضعفهما) أي بأن يبيعهما بكرى بر وكري شعير وإنما جاز لأنه يجعل كل جنس مقابلاً بخلاف جنسه وقال زفر والشافعي رحمهما الله: لا يصح هذا العقد أصلاً لأن مقابلة الجملة بالجملة تقتضي الانقسام على الشيوع لا على التعيين، ففي حمله على خلاف الجنس تغيير له فلا يجوز وإن كان فيه تصحيح التصرف لأن تغيير التصرف لا يجوز لتصحيح التصرف **فصار كما إذا اشترى قلباً** بعشرة **وثوباً** بعشرة ثم باعهما مرابحة بخمسة وعشرين لا يصح، وإن أمكن تصحيحه بصرف كل الربح إلى الثوب وكذا لو اشترى عبداً بألف ثم باعه قبل نقد الثمن من البائع مع عبد آخر بألف وخمسمائة لا يصح في المشتري بألف لأنه اشترى ما باع بأقل مما باع وإن أمكن تصحيحه **بصرف الألف إلى المشتري**، وكذا لو جمع بين عبده وعبد غيره، وقال: بعتك أحدهما لا يصح للتنكير وإن أمكن تصحيحه بصرفه إلى عبده، وكذا لو باع درهماً وثوباً بدرهم وثوب ثم تفرقا قبل القبض **بطل** العقد في الدرهمين لأنه صرف فيهما، وإن أمكن تصحيحه بصرف كل درهم من جانب إلى الثوب من الجانب الآخر، ولنا أن في صرف الجنس إلى خلافه تصحيح العقد وإلى جنسه فساده ولا معارضة بين الفاسد والصحيح لأن الصحيح مشروع بأصله ووصفه والفاسد بأصله دون وصفه، ولأن العقد يقتضي مطلق المقابلة من غير أن يتعرض لمقيد لا مقابلة الكل بالكل بطريق الشيوع ولا مقابلة الفرد من جنسه ولا من خلاف جنسه لما عرف أن المطلق غير متعرض للمقيد، ولكن مع هذا عند الوجود لا يوجد إلا مقيداً لتعذر وجود ذات بدون صفة وإن كان اللفظ غير متعرض للصفة بل للذات فقط على ما عرف في موضعه فيحمل على المقيد المصحح عند تعذر العمل بالإطلاق، ألا ترى أنه لو قال: عند المقابلة على أن يكون الجنس بخلاف الجنس صح ولو كان منافياً له لما صح فكان حمله على المقيد المصحح أولى من حمله على المقيد المفسد وهو مقابلة الكل بالكل شائعاً طلباً للصحة، ألا ترى أن الكلام أصله أن يكون مستعملاً في حقيقته ثم إذا

بالافتراق فلا يشيع ولا يتخير واحد من المتعاقدين، لأن عيب الشركة جاء بفعلهما وهو الافتراق بلا قبض اهـ كمال رحمه الله. **قوله**: (**فصار كما إذا اشترى قلباً**) أي من الفضة وزنه عشرة دراهم اهـ غاية. **قوله**: (**وثوباً**) أي قيمته عشرة دراهم اهـ غاية. **قوله**: (**يصرف الألف إلى المشتري**) أي والباقي إلى العبد الآخر اهـ **قوله**: (**بطل**) الذي في الهداية فسد اهـ **قوله**:

تعذرت الحقيقة حمل على المجاز الممكن إذا كان لا يصح إلا بالحمل عليه ولئن كان تغيير فهو تغيير للوصف لا تغيير لأصل المقابلة إذ هي موجودة لأن أصل المقابلة فيه إفادة الملك في الكل بمقابلة الكل، وذلك لم يتغير والدليل على أنه يحمل عليه عند التعذر طلباً للصحة أنه لو باع الجنس بالجنس بأن باع دينارين بدينارين مثلاً فقبض كل واحد منهما ديناراً ثم افترقا صح البيع في المقبوض كله ولو كان كما قالاه لما صح إلا في نصف كل واحد من المقبوضين لأن مقابلة الشيوع تقتضي أن يكون نصفه مقابلاً بالمقبوض **ونصفه بغير المقبوض،** فتبطل حصة غير/ المقبوض، وكذا لو [١٧٧ ب/٢] باع درهماً بدرهمين يبطل العقد لأن الدرهم يقابل الدرهم والدرهم الآخر يبقى فضلاً فلذلك لم يجز فصار كما لو باع نصف عبد مشترك بينه وبين غيره **فإنه ينصرف إلى نصيبه** تصحيحاً للعقد، وكذا لو باع عبداً بألف درهم وفي البلد نقود مختلفة فإنه ينصرف إلى المتعارف لما قلنا **بخلاف مسألة المرابحة فإنه** يصير تولية في القلب بصرف كل الربح إلى الثوب والتولية تضاد المرابحة فكان إبطالاً له أصلاً، **وفي الثانية** طريق التصحيح **غير متعين** لأنه كما يمكن تصحيحه بصرف الألف إلى العبد المشترى يمكن تصحيحه أيضاً بصرف الألف ومائة إليه أو الألف ومائتين إليه غير ذلك من الصور، وفي هذا نظر فإن الطرق متعددة في مسألة الكتاب أيضاً، فإنه يجوز

(**ونصفه بغير المقبوض**) قال في الإشارات الكلام من حيث التحقيق راجع إلى أن العقد شرع جائزاً والفساد إنما يكون بمفسد ومعارض وهاهنا متى حكمنا بالفساد مع إمكان حمل اللفظ على وجه الصحة فقد أثبتنا أمراً عارضاً مفسداً لم يأت هو به ولم يعين فلا يجوز على أنا نقول: إذا أريد بهذه المقابلة مقابلة الجنس بخلاف الجنس لا يتغير أصل المقابلة بل يتغير وصفها من إطلاق إلى تقييد وكل مطلق يجوز أن يراد بالمقيد، ولهذا صح التفسير كما قلنا: وقد أريد المقيد هنا بدلالة حال التصرف فكان هذا صحيح التصرف على الوجه الذي قصده المباشر لا على خلافه اهـ إتقاني رحمه الله. **قوله**: (**فإنه ينصرف إلى نصيبه**) أي وهو النصف الشائع بين النصيبين اهـ **قوله**: (**بخلاف مسألة المرابحة فإنه**) أي لو صرف كل الربح إلى الثوب لا يبقى بيع الثوب والقلب جميعاً مرابحة لأنه حينئذ يكون بيع الثوب مرابحة وبيع القلب تولية والعاقد قصد بيعهما مرابحة فيلزم تغيير تصرفه أصلاً بخلاف ما نحن فيه اهـ غاية. **قوله**: (**وفي الثانية الخ**) أراد بها قوله: فيما سبق وكذا لو اشترى عبداً بألف ثم باعه قبل نقد الثمن من البائع مع عبد آخر بألف وخمسمائة اهـ **قوله**: (**غير متعين**) أي فيبقى الثمن مجهولاً فيفسد العقد وهذا لأنا لو صرفنا خمسمائة أو أقل من ذلك بدرهم أو درهمين أو ثلاثة ونحو ذلك إلى العبد الآخر لا يلزم شراء ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن، بخلاف ما نحن فيه فإن طريق التصحيح متعين وهو صرف الجنس إلى

أن يصرف الدينار إلى الدينار والدرهم إلى الدرهم والدينار إلى الدرهم، كما يجوز أن يصرف الدرهمين إلى الدينارين والدرهم إلى الدينار، وجوابه أنه أقل تغييراً فكان أولى، **والثالثة**: أضيف البيع إلى المنكر فلا ينصرف إلى المعين للتضاد بينهما إذ المنكر ليس بمحل للبيع. **وفي الرابعة**: يقع العقد صحيحاً سواء كان الجنس مقابلاً بالجنس أو بخلافه، والفساد بعد الصحة عارض بالفراق لا عن قبض إذ القبض شرط البقاء على الصحة وصرف الجنس إلى خلافه شرط لتصحيح العقد ابتداء وهو صحيح **بدونه**، فلا حاجة إلى الصرف إلى الجنس لأن الفساد بعده موهوم لاحتمال عدم التقابض، وفي الابتداء متحقق فلا بد من الصرف إلى الجنس لينعقد صحيحاً ثم الأصل في هذا الباب. إن أحد البدلين يجب قسمته على البدل الآخر وتظهر فائدته في الرد بالعيب والرجوع بالثمن عند الاستحقاق ووجوب الشفعة فيما يجب فيه الشفعة، ثم إن كان العقد مما لا ربا فيه فإن كان لا يتفاوت آحاده فالقسمة على الأجزاء، وإن كان تتفاوت فالقسمة على القيمة وإن كان مما فيه الربا تجب قسمته على الوجه الذي يصح فيه العقد **لا غير**.

قال: (وأحد عشر درهماً بعشرة دراهم ودينار) يعني يجوز فتكون العشرة بمثلها والدينار بالدرهم تصحيحاً للعقد على ما بينا.

قال: (ودرهم صحيح ودرهمين غلة بدرهمين صحيحين ودرهم غلة) يعني يجوز بيعهما لأنهما جنس واحد فيعتبر التساوي في القدر دون الوصف، والغلة هي الدراهم المقطعة، **وقيل: هو ما يرده بيت المال** وتأخذه التجار ولا تنافي لاحتمال أن تكون هي المقطعة.

قال: (**ودينار بعشرة** عليه أو بعشرة مطلقة ودفع الدينار وتقاصا العشرة

خلاف الجنس اهـ غاية. **قوله**: (**والثالثة**) أي وهي ما لو جمع بين عبده وعبد غيره وقال بعتك أحدهما اهـ **قوله**: (**وفي الرابعة**) أي وهي ما إذا باع درهماً وثوباً بدرهم وثوب وافترقا من غير قبض اهـ **قوله**: (**بدونه**) أي بدون الصرف إلى الجنس اهـ **قوله**: (**لا غير**) أي لأن القسمة إنما تطلب لتصحيح أحكام العقد ولا تحصل أحكامه إلا مع صحته فلم يجز أن يقسم قسمة تبطل العقد اهـ **قوله**: (**وقيل: هو ما يرده بيت المال**) يعني يرد بيت المال الغلة لا لزيافتها بل لكونها قطعاً اهـ غاية. (ولا تنافي الخ) جواب عن سؤال مقدر وهو أن يقال: قوله الغلة: ما يردّه بيت المال ينافي قوله: درهم صحيح لأن الذي يردّه بيت المال زيوف فلا يقال لضده صحيح بل يقال جياد فأجاب بما ذكر ويؤيد ما ذكره في الإيضاح يكره أن يردّه غلة ليردّ عليه صحيحاً فأفهم أن الغلة هم المقطعة والله أعلم. **قوله في المتن**: (**ودينار بعشرة إلخ**) اعلم أن هاهنا ثلاثة فصول الأول ما إذا باع الدينار بعشرة مطلقة والثاني أن

بالعشرة) أي يجوز ذلك ومعناه أن يكون لرجل على آخر عشرة دراهم دين فباعه الذي عليه العشرة ديناراً بالعشرة التي عليه، أو بعشرة مطلقة ودفع الدينار إليه ثم تقاصا العشرة بالعشرة فكلاهما جائز، **أما إذا قابل الدينار بالعشرة** التي عليه ابتداء فلأنه جعل ثمنه دراهم لا يجب قبضها ولا تعيينها بالقبض وذلك جائز إجماعاً، لأن تعيين أحد العوضين بالقبض في الصرف للاحتراز عن الدين بالدين وتعيين الآخر للاحتراز عن الربا، ولا ربا في دين يسقط وإنما الربا في دين يقع الخطر في / عاقبته بأن يتوى [١٧٨/أ/٢] عليه ويسلم المقبوض عن التوى، ومعلوم أن السالم بيقين أزيد من الذي على خطر التوى فيتحقق الفضل، ألا ترى أنهما لو تصارفا دراهم دين بدنانير دين يصح لفوات الخطر لكون كل واحد منهما ثابتاً قبل البيع ويسقط بالبيع، وأما إذا باعه بعشرة مطلقة ثم تقاصا فالمذكور هنا استحسان، والقياس أن لا يجوز وهو قول زفر **لأنه يكون استبدالاً ببدل الصرف** لأن الذي وجب عليه بالصرف غير الذي كان عليه، وهذا لأنه وجب بالصرف دين يجب تعيينه بالقبض احترازاً عن الربا والدين الذي كان عليه لا يجب قبضه فكانا غيرين، ألا ترى أن المقاصة لا تقع بنفس العقد لعدم المجانسة فيكون التقاص بعد ذلك استبدالاً ببدل الصرف لأنه أخذ ما في ذمته بدل ما وجب له عليه من ثمن الدينار فلا يجوز، ولهذا لا يجوز في رأس مال السلم وجه الاستحسان

يضيف إلى الدين بأن يبيع الدينار بالعشرة التي عليه. والثالث أن يبيعه ديناراً بعشرة ثم يحدث لمشتري الدينار عشرة على بائع الدينار بأن باع منه ثوباً بعشرة فيتقاصان والأول والثاني مذكوران في المتن والثالث سيذكره الشارح رحمه الله انتهى. **قوله: (أما إذا قابل الدينار بالعشرة إلى آخره)** قال الإتقاني رحمه الله: أما إذا أضاف إلى الدين صح بالإجماع وتسقط العشرة عن ذمة من هي عليه لأنه ملكها بدلاً عن الدينار غاية ما في الباب أن هذا عقد صرف، وفي الصرف يشترط قبض أحد العوضين احترازاً عن الكالئ بالكالئ ويشترط قبض الآخر احترازاً عن الربا، وذلك لأن يقبض أحد البدلين حصل الأمن من خطر الهلاك، فلو لم ينقد الآخر يكون فيه خطر الهلاك لأن الدين في معنى التاوي فيلزم الربا، هذا المعنى معدوم فيما نحن فيه لأن الدينار نقد وبدله وهو العشرة سقطت عن بائع الدينار حيث سلمت له فلم يبق خطر الهلاك، وتحقيقه أن تعين البدل الآخر إنما كان احترازاً عن الربا ولا ربا في دين يسقط، وإنما الربا في دين يقع الخطر في عاقبته، ولهذا قلنا: إن الدين بالدين حرام ومع هذا لو تصارفا دراهم دين بدنانير دين صح لفوات معنى الخطر في دين يسقط بخلاف ما إذا لم يكن لكل واحد منهما على الآخر دين حتى تصارفا دراهم دين بدنانير دين لم يصح، انتهى **قوله: (لأنه يكون استبدالاً ببدل الصرف)** أي قبل القبض ولهذا لم تجز هذه المقاصة بلا تراض ولهذا لو أخذ مكان الدراهم دنانير أو عرضاً لا يجوز، انتهى

أنهما لما تقاصا تضمن انفساخ الأول وانعقاد صرف آخر غير الأول مضافاً إلى العشرة الدين إذ لولا ذلك لكان استبدالاً ببدل الصرف **فثبتت الإضافة اقتضاء** كما لو تبايعا بألف ثم جدداه بألف وخمسمائة فإن البيع الأول ينفسخ ضرورة ثبوت الثاني اقتضاء، فكذا هذا ولا فرق في ذلك بين أن يكون الدين موجوداً قبل عقد الصرف أو حصل بعده، **وقيل: لا يجوز التقاص بدين حادث** بعد الصرف لأنه يكون تقاصا بدين سيجب، والأول هو الأصح لأن التقاص هو الذي يتضمن الفسخ للصرف الأول وإنشاء صرف آخر فيكتفي بوجود الدين عنده لأنه يكون عقداً جديداً من ذلك الوقت من غير استناد إلى ما قبله فلا حاجة إلى سبق وجوبه بخلاف رأس مال السلم حيث لا يجوز جعله قصاصاً بدين آخر مطلقاً متقدماً كان أو متأخراً لأن المسلم فيه دين، ولو صحت المقاصة برأس المال يصير افتراقاً عن دين بدين وهو منهي عنه، ولأن جواز السلم مخالف للقياس رخصة وهو أخذ عاجل بآجل للضرورة فإذا لم يقتص شيئاً فلا ضرورة فلا يجوز، **ولهذا لا تجوز إضافته إلى الدين** ابتداء بأن يجعل الدين الذي على المسلم إليه رأس مال السلم بخلاف الصرف.

قال: (وغالب الفضة والذهب فضة، وذهب حتى لا يصح بيع الخالصة بها ولا بيع بعضها ببعض إلا متساوياً وزناً) **ولا يصح الاستقراض بها إلا وزناً** لأنهما لا يخلوان عن قليل غش إذ هما لا يطبعان عادة بدونه، وقد يكون الغش فيهما خلقة فيعسر التمييز بين المخلوط والخلقي فيلحق القليل من الغش بالرداءة والرديء والجيد منهما

إتقاني. **قوله: (فثبتت الإضافة اقتضاء)** وأبى ذلك زفر لأنه لا يقول: بالاقتضاء وخالفنا في ذلك كما خالفنا في قوله: أعتق عبدك عني بألف درهم، انتهى غاية. **قوله: (وقيل: لا يجوز التقاص بدين حادث)** قال الإتقاني رحمه الله: وأما إذا حدث الدين بعد بيع الدينار بالعشرة بأن باع مشتري الدينار ثوباً من بائع الدينار بعشرة دراهم فسلم الثوب العشرة ولم يقبض العشرة ثم تقاصا بالعشرة في المجلس ففيه روايتان في رواية أبي حفص لا يجوز، واختاره شمس الأئمة السرخسي وقاضيخان وفي رواية أبي سليمان تجوز المقاصة واختاره فخر الإسلام والصدر الشهيد والزاهد والعتابي وجه رواية أبي حفص أن النبي ﷺ جوّز المقاصة في حديث ابن عمر في دين سابق لا لاحق، ووجه رواية أبي سليمان أن العقد الأول ينفسخ اقتضاء تصحيحاً لما قصدا وتخصيص الشيء بالذكر لا يدل على نفي ما عداه والمسألة في كتاب الصرف، قال الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير إذا استقرض بائع الدينار عشرة دراهم من المشتري أو غصب منه فقد صار قصاصاً ولا يحتاج إلى التراضي لأنه قد وجد منه القبض انتهى إتقاني. **قوله: (ولهذا لا تجوز إضافته إلى الدين إلى آخره)** ولا ينافي هذا ما تقدم أنه لوأسلم ديناً على المسلم إليه جاز السلم انتهى **قوله: (لا يصح الاستقراض بها إلا**

سواء عند المقابلة بالجنس فيجعل الغش الذي فيهما معدوماً حتى لا يكون له اعتبار أصلاً، بخلاف ما إذا كان الغش هو الغالب غالباً حيث تعتبر الفضة والذهب اللذان فيه على ما يذكر من الفرق من قريب إن شاء الله تعالى.

قال: (**وغالب الغش ليس في حكم الدراهم** والدنانير) لأن العبرة للغالب في الشرع.

قال: (فصح بيعها بجنسها متفاضلاً) أي بالمغشوش مثلها عداً أو وزناً لأن الغش من كل واحد منهما مقابل بالفضة أو الذهب الذي في الآخر فلا يضر التفاضل فيهما لاختلاف الجنس ويشترط التقابض قبل الافتراق لأنه صرف في البعض لوجود الفضة/ [١٧٨ ب/٢] أو الذهب من الجانبين، ويشترط في الغش أيضاً لأنه لا يتميز إلا بضرر بخلاف بيع درهم وثوب بدرهم وثوب حيث لا يشترط القبض إلا في الدرهمين، وكذا إذا بيعت بالفضة الخالصة أو الذهب الخالص لا بد أن يكون الخالص أكثر من الفضة أو الذهب الذي في المغشوش حتى يكون قدره بمثله والزائد بالغش على مثال بيع الزيتون بالزيت والجارية وطوقها بالفضة فاعتبر الفضة أو الذهب المغلوب بالغش هنا حتى لا يجوز بيعه بجنسه إلا على طريق الاعتبار، ولم يعتبر الغش المغلوب بالفضة أو الذهب فجعل كأنه كله فضة أو ذهب فيمنع بيعه متفاضلاً والفرق بينهما أن الفضة المغلوبة أو الذهب المغلوب موجود حقيقة حالاً من حيث اللون ومآلاً بالإذابة، فإن الذهب والفضة يخلصان منه بالإذابة فكانا موجودين حقيقة وحكماً حتى يعتبر ما فيه من الفضة والذهب من النصاب في الزكاة أيضاً بخلاف الغش المغلوب بهما، لأنه يحترق أو يهلك ولا لون له في الحال أيضاً، فلا يمكن اعتباره أصلاً حتى لو عرف أن الفضة أو الذهب الذي في الغش الغالب يحترق ولا يخرج منه شيء كان حكمه كحكم النحاس الخالص حتى لا يكون للفضة أو الذهب الذي فيه اعتبار أصلاً، ولا يجوز بيعه بجنسه متفاضلاً إن كان موزوناً للربا، ومشايخنا رحمهم الله لم يفتوا بجواز التفاضل في الغطارفة والعدالي وإن كان الغالب فيها الغش لأنها

وزناً) أي إلا إذا اشترى بها ثوباً أو عرضاً بعينه وأشار إليه وأضاف العقد إليه، فإن العقد جائز وإن لم يسم وزنه لأنه يصير معلوماً بالإشارة ولكن لا يتعين للعقد انتهى غاية. **قوله في المتن: (وغالب الغش ليس في حكم الدراهم إلى آخره)** اعلم أن الكرخي يسمي هذا النوع الستوق فقال: الستوق عندهم ما كان الصفر أو النحاس هو الغالب فإذا كان الصفر أو النحاس هو الغالب كانت في حكم الصفر أو النحاس حتى لا تباع بالصفر أو النحاس إلا مثلاً بمثل يداً بيد، ولكن إذا بيعت هذه الدراهم بجنسها متفاضلاً جاز ويصرف الجنس إلى خلاف الجنس تجويزاً للعقد ويشترط القبض لكونه صرفاً لأنه بيع فضة بفضة، فلما اشترط القبض

أعز الأموال في ديارهم في ذلك الزمان، فلو أبيح التفاضل فيها لا نفتح باب الربا. قال: (والتبايع والاستقراض بما يروج عدداً أو وزناً أو بهما) لأن المعتبر فيما لا نص فيه العادة وهذا لأنها لما كان الغالب فيها الغش صارت كالفلوس فيعتبر فيها عادات الناس كما يعتبر في الفلوس العادة في المعاملة بها حتى إذا كانت تروج بالوزن فبالوزن، وإن كانت تروج بالعدد تعتبر بالعدد وإن كانت تروج بهما فبكل واحد منهما.

قال: (ولا يتعين بالتعيين لكونه أثماناً) يعني ما دامت تروج لأنها بالاصطلاح صارت أثماناً فما دام ذلك الاصطلاح موجوداً لا تبطل الثمنية لقيام المقتضي.

قال: (ويتعين بالتعيين إن كانت لا تروج) لزوال المقتضي للثمنية وهو الاصطلاح، وهذا لأنها في الأصل هي سلعة، وإنما صارت أثماناً بالاصطلاح فإذا تركوا المعاملة بها رجعت إلى أصلها، **وإن كان يأخذها** البعض دون البعض فهي مثل الدراهم لا يتعلق العقد بعينها بل بجنسها إن كان البائع يعلم بحالها وإن كان لا يعلم بحالها وباعه بها على ظن أنها دراهم جياد تعلق حقه بالجياد لوجود الرضا بها في الأولى **ولعدمها** في الثانية.

قال: (**والمتساوي** كغالب الفضة في التبايع والاستقراض وفي الصرف كغالب الغش) يعني الذي استوى غشه وفضته أو غشه وذهبه حكمه في التبايع والاستقراض كحكم الدراهم التي غلب عليها الفضة حتى لا يجوز البيع بها ولا إقراضها إلا بالوزن بمنزلة الدراهم الرديئة لأن الفضة موجودة فيها حقيقة، ولم تصر مغلوبة فيجب اعتبارها بالوزن شرعاً كالحنطة في سنبلها إلا أن يشير إليها في المبايعة فيكون بياناً لقدرها ووصفها، كما لو أشار إلى الدراهم الجيدة ولا ينتقض العقد بهلاكها قبل التسليم ويعطيه مثلها/ لأنها ثمن فلم تتعين، وفي الصرف حكمه كحكم فضة [١٧٩/أ/٢] غلب عليها الغش حتى إذا باعها بجنسها جاز على وجه الاعتبار، ولو باعها بالفضة الخالصة لا يجوز حتى تكون الخالصة أكثر مما فيه من الفضة، لأنه لا غلبة لأحدهما

في الفضة اشترط في الصفر أو النحاس أيضاً لأن في تمييزه مضرة، انتهى إتقاني. **قوله**: (**وإن كان يأخذها إلى إلخ**) فإن كان يقبلها البعض دون البعض فهي كالزيوف وإلا يتعلق العقد بعينها بل بجنسها زيوفاً اهـ **قوله**: **ولعدمه**) الذي بخط الشارح ولعدمها اهـ **قوله في المتن**: (**والمتساوي إلخ**) قال في التحفة: وإن كان الغش مع الفضة سواء فيكون حكمه حكم الفضة في أنه لا يباع إلا وزناً ولا يجوز بيعه مجازفة وعدداً، وإذا قوبل بالفضة الخالصة في البيع يراعى فيه طريق الاعتبار إن علم الفضة أن الخالصة أكثر جاز حتى تكون الفضة بإزاء الفضة وزناً والزيادة بإزاء الغش، وإن كانت الفضة الخالصة أقل من الفضة التي في المغشوش أو مثلها أو لا يدري

على الآخر فيجب اعتبارهما، فصار كما لو جمع بين فضة وقطعة نحاس فباعهما بمثلهما أو بفضة فقط، وفي فتاوى قاضيخان إن كان نصفها صفراً ونصفها فضة لا يجوز فيه التفاضل فظاهره أنه أراد به فيما إذا بيعت بجنسها وهو يخالف ما ذكر هنا وجهه أن فضتها لما لم تصر مغلوبة جعلت كأن كلها فضة في حق الصرف احتياطاً.

قال: (ولو اشترى به أو بفلوس نافقة شيئاً **وكسد بطل البيع**) أي لو اشترى بالدراهم التي غلب عليها الغش أو بالفلوس وكان كل واحد منهما نافقاً حتى جاز البيع لقيام الاصطلاح على الثمينة، ولعدم الحاجة إلى الإشارة لالتحاقهما بالثمن ثم كسدت بطل البيع، وكذا إذا انقطعت عن أيدي الناس **وعلى هذا إذا باع شيئاً بالدراهم** ثم كسدت أو **انقطعت عن أيدي الناس بطل البيع**، ويجب على المشتري رد المبيع إن كان قائماً وإلا فمثله إن كان من ذوات الأمثال، **وإلا فقيمته** وهذا عند أبي حنيفة **وقال**

لا يجوز لما فيه من الربا اهـ إتقاني. **قوله: (في المتن: وكسد الخ)** قال الكمال: وما ذكرناه في الكساد مثله في الانقطاع والفلوس النافقة إذا كسدت كذلك هذا إذا كسدت أو انقطعت، فلو لم تكسد ولم تنقطع ولكن نقصت قيمتها قبل القبض فالبيع على حاله بالإجماع ولا يتخير البائع وعكسه لو غلت قيمتها وازدادت فكذلك البيع على حاله، ولا يتخير المشتري ويطالب بألف بذلك العيار الذي كان وقت البيع اهـ قال في الإشارات[1]: إذا اشترى شيئاً بفلوس فكسدت قبل القبض فسد العقد عندنا خلافاً لزفر وقال في شرح الطحاوي: ولو اشترى مائة فلس بدرهم فقبض الفلوس أو الدرهم ثم افترقا جاز البيع لأنهما افترقا عن عين بدين، فإنا كسدت الفلوس بعد ذلك فإنه ينظر إن كان الفلوس هو المقبوض فلا يبطل البيع لأن كساد الفلوس بمنزلة هلاكها وهلاك المعقود عليه بعد القبض لا يبطل البيع وإن كان الفلوس غير مقبوض بطل البيع استحساناً لأن كساد الفلوس بمنزلة الهلاك وهلاك المعقود عليه قبل القبض يبطل العقد والقياس أن لا يبطل لأنه قادر على أداء ما وقع العقد عليه، وقال بعض مشايخنا: إنما يبطل العقد إذا اختار المشتري إبطاله فسخاً لأن كسادها بمنزلة عيب فيها والمعقود عليه إذا حدث به عيب قبل القبض يثبت للمشتري فيه الخيار، والأول أظهر ولو نقد الدرهم وقبض من الفلوس نصفها خمسين ثم كسدت الفلوس قبل أن ينقد النصف الآخر بيطل البيع في نصفها وله أن يسترد نصف الدرهم اهـ إتقاني. **قوله: (بطل البيع)** ليس على حقيقته بل المرد بالبطلان الفساد اهـ **قوله: (وعلى هذا إذا باع شيئاً بالدراهم إلى آخره)** لما ذكر المصنف حكم الدراهم التي غلب عليها الغش إذا باع بها وكسدت قبل القبض وحكم البيع بالفلوس ذكر الشارح حكم البيع بالدراهم الجيدة اهـ **قوله: (وانقطعت عن أيدي الناس)** قال الكمال: وإن لم يكن أي المبيع مقبوضاً فلا حكم لهذا البيع أصلاً اهـ (فرع) نقل في الخلاصة عن المحيط دلال باع متاع الغير بإذنه بدراهم معلومة واستوفى الدراهم فقبل أن يدفع إلى صاحب المتاع كسدت الدراهم لا يفسد البيع، لأن حق القبض

أبو يوسف ومحمد: لا يبطل لأن العقد قد صح لبقاء الاصطلاح على الثمينة عند وجوده، وإنما تعذر التسليم بعده بالكساد وذلك لا يوجب الفساد لاحتمال الزوال بالرواج فصار كما لو اشترى شيئاً بالرطب **ثم انقطع عن أيدي الناس** وإذا لم يبطل البيع عندهما وقد تعذر تسليمه يجب قيمته، **لكن يعتبر قيمته يوم البيع** عند أبي يوسف لأن الثمن صار مضموناً به كالمغصوب فإنه يعتبر قيمته يوم الغصب لأنه مضمون به، **وعند محمد يعتبر** قيمته **يوم الكساد** وهو آخر ما يتعامل الناس بها لأنه يوم الانتقال إلى القيمة لأن المسمى كان واجب التسليم إلى أن ينقطع فإذا انقطع انتقل إلى القيمة للتعذر فتعتبر قيمته يومئذ، ولأبي حنيفة أن الثمينة بالاصطلاح فتبطل الثمينة لزوال الموجب والمقتضي لها **فيبقى البيع بلا ثمن فيبطل**، ولا يقال: إن العقد تناول عينها والعين باقية بعد الكساد وهي مقدورة التسليم لأنا نقول تناولها بصفة الثمينة وبالكساد تنعدم الصفة بخلاف انقطاع الرطب فإنه يعود غالباً في العام القابل فلم يكن هلاكاً من كل وجه، فلم يبطل وفي النحاس وأمثاله الأصل هو الكساد لعدم الانتفاع بعينه فإذا كسد رجع إلى أصله على وجه يغلب على الظن أنه لا يعود، لأن

له اهـ غاية. **قوله**: (**وإلا فقيمته**) أي كالمقبوض على وجه البيع الفاسد اهـ غاية. **قوله**: (**وقال أبو يوسف ومحمد: لا يبطل**) قال الإتقاني: وجه قولهما أن الكساد لا يؤجل لفساد لأن غاية ما في الباب أن التسليم يتعذر به وتعذر التسليم لا يوجب فساد العقد اهـ **قوله**: (**ثم انقطع عن أيدي الناس**) أي لا يبطل البيع اتفاقاً وتجب القيمة أو ينتظر زمان الرطب في السنة الآتية فكذا هذا اهـ فتح. **قوله**: (**لكن يعتبر قيمته يوم البيع**) قال الكمال: قال في الذخيرة وعليه الفتوى اهـ **قوله**: (**وعند محمد يعتبر يوم الكساد**) قال في التحفة: وهذا كالاختلاف بينهما فيمن غصب مثلياً وانقطع قال أبو يوسف: تجب قيمته يوم الغصب وعند محمد يوم الانقطاع اهـ غاية. وكتب على قوله: وعند محمد يعتبر قيمته يوم الكساد ما نصه قال الكمال: وقال محمد وعليه قيمته آخر ما تعامل الناس بها وهو يوم الانقطاع لأنه أوان الانتقال إلى القيمة، وفي المحيط والتتمة والحقائق وبه يفتي رفقاً بالناس اهـ **قوله**: (**فيبقى البيع بلا ثمن فيبطل**) المراد منه الفساد أيضاً إذ غايته أن بمنزلة من باع وسكت عن الثمن ولو باع وسكت عنه يكون البيع فاسداً كما ذكره ابن مزشتا في أول فصل البيع الفاسد نقلاً عن الإيضاح وقال في الكنز في باب التحالف ما نصه اختلفا في قدر الثمن أو المبيع قضى لمن برهن وإن برهنا فلمثبت الزيادة وإن عجزا ولم يرضيا بدعوى أحدهما تحالفا وبدئ بيمين المشتري وفسخ القاضي بطلب أحدهما، قال الشارح لأنهما لما حلفا لم يثبت ما ادعاه كل واحد منهما فيبقى بيع بثمن مجهول، أو بلا بدل فيفسخ لأن البيع بلا ثمن أو بثمن مجهول فاسد ولا بد من الفسخ فيه اهـ فهذا صريح بأن البيع بلا ثمن فاسد لا باطل إذ الفسخ يستدعي وجود العقد وهو معدوم في الباطل هذا ما ظهر لكاتبه والله الموفق،

الشيء إذا رجع إلى أصله قلما يزول، **وحدُّ الكساد** أن تترك المعاملة بها في جميع البلاد فإن كانت تروج في بعض البلاد لا يبطل البيع لكنه يتعيب إذا لم ترج في بلدهم فيتخير البائع إن شاء أخذه وإن شاء أخذ قيمته، وحدُّ الانقطاع أن لا يوجد في السوق وإن كان موجوداً في يد الصيارفة وفي البيوت.

قال: **(وصح البيع بالفلوس النافقة وإن لم يعين)** لأنها أموال معلومة صارت ثمناً بالاصطلاح فجاز بها البيع ووجب في الذمة كالدراهم والدنانير، وإن عينها لا تتعين لأنها صارت ثمناً باصطلاح الناس وله أن يعطيه غيرها، لأن/ الثمينة لا تبطل [١٧٩ ب/٢] بتعيينها لأن التعيين يحتمل أن يكون لبيان قدر الواجب ووصفه كما في الدراهم، ويجوز أن يكون لتعليق الحكم بعينها فلا يبطل الاصطلاح بالمحتمل ما لم يصرحا بإبطاله بأن يقولا أردنا به تعليق الحكم بعينها فحينئذٍ يتعلق العقد بعينها بخلاف ما إذا باع فلساً بفلسين بأعيانهما حيث يتعين من غير تصريح لأنه لو لم يتعين لفسد البيع على ما بينا من قبل فكان فيه ضرورة تحرياً للجواز، وهنا يجوز على التقديرين فلا حاجة إلى إبطال اصطلاح الكافة، وهذا يتأتى على قولهما، وعلى قول محمد: لا

وعبارة الإشارات التي نقلتها عند قوله في المتن: كسد الخ تؤيد ما قلته اهـ **قوله: (وحد الكساد الخ)** قال في الفتاوى الصغرى: وتفسير الكساد مذكور في البيوع أنها لا تروج في جميع البلدان ثم قال هذا على قول محمد، أما عندهما الكساد في بلدة واحدة يكفي في فساد البيع في تلك البلدة بناء على اختلافهم في بيع الفلس بالفلسين عندهما يجوز اعتبار الاصطلاح ببعض الناس وعنده لا لأنه يعتبر اصطلاح الكل، وقال أيضاً: ولو كان مكانه نكاح يجب مهر المثل وفي العيون إن عدم الرواج إنما يوجب فساد البيع إذا كان لا يروج في جميع البلدان لأنه حينئذٍ يصير هالكاً ويبقى البيع بلا ثمن، فأما إذا كان لا يروج في هذه البلدة ويروج في غيرها لا يفسد البيع لأنه لم يهلك ولكنه تعيب فكان للبائع الخيار إن شاء قال: أعط مثل النقد الذي وقع عليه العقد وإن شاء أخذ قيمة ذلك دنانير اهـ إتقاني.

قوله في المتن: (وصح البيع بالفلوس النافقة وإن لم يعين) قال أبو الحسن الكرخي: قال أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد: الفلوس والدراهم والدنانير أثمان الأشياء لا تتعين في البيع وإن شرط المتبايعان أعيانها ويكون ما أوجب كل منهما في العقد على نفسه ديناً في ذمته، ولا يجبر كل واحد منهما أن يسلم ما شرط من العين إن شاء أعطى العين، وإن شاء أعطى مثلها وليس للمشتري منه أن يجبره على تسليم العين إليه والخيار في ذلك إلى البائع دون المشتري **قال القدوري في** شرحه وذلك لأن الفلوس النافقة لا فائدة في تعيينها فصارت **كالدراهم والدنانير وإذا لم** يتعين **فالعاقد** بالخيار إن شاء سلم ما أشار إليه وإن شاء سلم **عينها، وإن هلكت** لم ينفسخ العقد بهلاكها لأنه **لم** يقع عليها، وهذا بخلاف ما إذا كانت

يتعين وإن صرحا به وأصل الخلاف أن اصطلاح العامة لا يبطل باصطلاحهما على خلافه عنده، وعندهما يبطل في حقهما لعدم ولاية الغير عليهما فلا يلزمهما.

قال: (وبالكاسدة لا حتى يعينها) أي إذا باع بالفلوس الكاسدة لا يجوز البيع حتى يعينها لأنها سلع فلا بد من تعيينها.

قال: (**ولو كسدت أفلس** القرض يجب رد مثلها) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: يجب عليه رد قيمتها لأنه تعذر ردها كما قبضها لأن المقبوض ثمن والمردود ليس بثمن ففاتت المماثلة فتجب القيمة كما لو استقرض مثلياً فانقطع عن أيدي الناس، لكن عند أبي يوسف تعتبر قيمته يوم القبض، وعند محمد يوم الكساد، وقول محمد: أنظر في حق المستقرض لأن قيمته يوم الانقطاع أقل، **وكذا في حق** المقرض بالنظر إلى قول أبي حنيفة، **وقول أبي يوسف أيسر**، لأن قيمته يوم القبض **معلومة ويوم الكساد لا تعرف** إلاّ بحرج ولأبي حنيفة أن القرض إعارة، وموجبها رد العين معنى وذلك يتحقق برد مثله والثمينة زيادة فيه لأن صحة القرض لا تعتمد

كاسدة لأنها مبيعة فالمبيع لا يصح إطلاق العقد عليه ما لم يتعين اهـ إتقاني وكتب على قوله: النافقة ما نصه النافقة الرائجة اهـ إتقاني. **قوله في المتن**: (**ولو كسدت الخ**) وإنما قيد بالكساد احترازاً عن الرخص والغلاء لأن الإمام الإسبيجابي ذكر في شرح الطحاوي، وأجمعوا أن الفلوس إذا لم تكسد ولكن غلت قيمتها أو رخصت فعليه مثل ما قبض من العدد قال الشيخ أبو الحسن الكرخي في مختصره: وإذا استقرض الرجل من رجل دراهم بخارية أو طبرية أو يزيدية أو فلوساً في الحال التي تنفق فيها ثم كسدت فإن بشر بن الوليد قال: سمعت أبا يوسف قال عليه في قياس قول أبي حنيفة مثلها ولست أروي ذلك عنه ولكن الرواية في الفلوس إذا أقرضها ثم كسدت قال أبو الحسن الكرخي: لم تختلف الرواية عن أبي حنيفة في قرض الفلوس إذا كسدت أن عليه مثلها قال بشر وقال أبو يوسف: عليه قيمتها من الذهب يوم وقع القرض في الدراهم التي ذكرت لك أصنافها، وقال محمد: عليه قيمتها إذا كسدت في آخر وقت نفاقها قبل أن تكسد اهـ إتقاني. **قوله في المتن**: (**أفلس**) والفلس الذي يتعامل به جمعه في القلة أفلس وفي الكثرة فلوس اهـ مصباح. **قوله**: (**وكذا في حق**) أي وكذا قول محمد: أنظر في حق المقرض أيضاً إلخ اهـ **قوله**: (**وقول أبو يوسف: أيسر**) قال في الهداية: وقول محمد: أنظر للجانبين قال الإتقاني: أي لجانب المقرض والمستقرض وهذا لأن على قول أبي حنيفة: يجب رد المثل وهو كاسد وفيه ضرر بالمقرض وعلى قول أبي يوسف: تجب القيمة يوم القبض ولا شك أن قيمته يوم القبض أكثر من قيمته يوم الانقطاع وهو ضرر بالمستقرض فكان قول محمد: **أنظر** لهما جميعاً اهـ **قوله**: (**معلومة**) أي للمقرض والمستقرض وسائر الناس اهـ غاية. **قوله**: (**ويوم الكساد لا**

الثمينة بل تعتمد المثل، وبالكساد لم يخرج من أن يكون مثلياً، ولهذا صح استقراضه بعد الكساد وصح استقراض ما ليس بثمن كالجوز والبيض والمكيل والموزون، وإن لم يكن ثمناً ولولا أنه إعارة في المعنى لما صح لأنه يكون مبادلة الجنس بالجنس نسيئة، وإنه حرام فصار المردود عين المقبوض حكماً فلا يشترط فيه الرواج كرد العين المغصوبة والقرض كالغصب إذ هو مضمون بمثله، والاختلاف فيه مبني على الاختلاف فيمن غصب مثلياً كالرطب مثلاً، ثم انقطع عن أيدي الناس يجب عليه قيمته بالإجماع، لكن عند أبي حنيفة قيمته يوم الخصومة **وعند أبي يوسف يوم الغصب**، وعند محمد يوم الانقطاع ووجه البناء عندهما ظاهر، وكذا عند أبي حنيفة لأن قيمتها كاسدة وعينها سواء في يوم الخصومة فلا فائدة لإيجاب القيمة، والعدول عن العين بل إيجاب العين أولى لأنه أعدل من القيمة وإنما عدل في الغصب إلى القيمة لتعذر رد العين بالانقطاع.

قال رحمه الله: (**ولو اشترى شيئاً بنصف درهم فلوس صح**) وعليه فلوس تباع

تعرف) أي تشتبه على الناس ويختلفون فيها اهـ غاية. **قوله**: (**وعند أبي يوسف يوم الغصب**) والذي بخط الشارح يوم البيع بدل الغصب وفيه نظر اهـ **قوله في المتن**: (**ولو اشترى شيئاً بنصف درهم فلوس صح**) قال في الهداية: ومن اشترى شيئاً بنصف درهم فلوس جاز وعليه ما يباع بنصف درهم من الفلوس، قال الإتقاني رحمه الله: هذا لفظ القدوري في مختصره قال صاحب الهداية: وكذا إذا قال: بدانق فلوس أو بقيراط فلوس جاز، وقال زفر: لا يجوز في جميع ذلك، كذا ذكر الخلاف في المختلف والحصر وغيرهما وجه قول زفر: أن الفلوس تعتبر بالعدد وتقدّر به لا بالدانق والدرهم فإذا لم يتبين عدد الفلوس كان مجهولاً فلا يجوز، ولأن العقد وقع على الدانق والدرهم ثم شرط إيفائه من الفلوس يكون شرط صفقة في صفقة فلا يجوز كما لو اشترى بدرهم فلوس، ولنا أن كلامنا فيما إذا كان ما يباع بنصف درهم أو بدانق من الفلوس معلوماً عند الناس بأن يكون الدرهم أو الدانق عبارة عن قدر من الفلوس كما يكون كذلك في بعض البلاد فإذا كان قدر الفلوس معلوماً كان كأنه صرح بقدرها فجاز لعدم الجهالة، ولا نسلم أن العقد وقع على الدانق والدرهم بل وقع على الفلوس لأنه أوضحه بلفظ الفلوس، والفلوس تستعمل في الكسور صوناً للدراهم عن الكسر وذكر الدانق لتقدير الفلس الواجب بالعقد بخلاف ما إذا اشترى بدرهم فلوس لأن الفلوس لا تستعمل مكان الدرهم، فكان العقد واقعاً على الدرهم ثم شرط إيفائه من الفلوس شرط صفقة في صفقة فلا يجوز اهـ **قوله**: (**ولو اشترى بدرهم فلوس لا يجوز**) قال في الهداية: ولو قال: بدرهم فلوس أو بدرهمين فلوس فكذا عند أبي يوسف لأن ما يباع من الفلوس معلوم، وهو المراد لا وزن الدرهم من الفلوس، وعن محمد أنه لا يجوز ويجوز فيما

بنصف درهم وعلى هذا لو قال: بثلث درهم أو بربعه أو بدانق فلوس [أو بقيراط فلوس][1]، وقال زفر رحمه الله: لا يجوز لأنه بيع إما بقيمة نصف درهم فضة أو بفلوس وزنه نصف درهم وكلاهما لا يجوز، أما الأول: فلأنه باعه بقيمة غيره ولو باعه بقيمة نفس المبيع لا يجوز فبقيمة غيره أولى فصار نظير ما لو باع جارية بقيمة/ [١٨٠/أ/٢] عبد، وأما الثاني: فلأن الفلوس مقدرة بالعدد لا بالوزن، ولهذا لا يجوز في الكثير منه بهذا الطريق فكذا في القليل أو يكون اشترى بفضة على أن يعطي بدلها فلوساً فيفسد، قلنا: التبايع بهذا الطريق متعارف في القليل وهو معلوم بين الناس لا تتفاوت قيمة الفضة فيها فلا يؤدّي إلى النزاع بخلاف ما استشهد به لأنه مجهول فيفضي إلى النزاع **ولو اشترى بدرهم فلوس لا يجوز** عند محمد لأن الجواز للعادة، ولم يوجد في الدرهم، وقال أبو يوسف: يجوز في الكل لأنه معلوم عند الناس ولا تتفاوت قيمة الفضة من الفلوس فصار كما لو بين عدد الفلوس، قلنا: أن نمنع.

قال رحمه الله: (ومن أعطى صيرفياً درهماً فقال: أعطني به **نصف درهم فلوساً** ونصفاً إلا حبة صح) لأنه قابل الدرهم بنصف درهم فلوس **وبنصف درهم إلا حبة من الفضة** فيكون نصف درهم إلا حبة بمقابلة الفضة ونصف درهم وحبة بمقابلة الفلوس، ولو قال: أعطني بنصفه فلوساً وبنصفه نصفاً إلا حبة بطل في الكل على قياس قول أبي حنيفة، وعندهما صح البيع في الفلوس، وبطل فيما يقابل الفضة لأن الفساد عندهما عند التفصيل يتقدّر بقدر المفسد وعنده يفسد، وأصل الخلاف أن

دون الدرهم لأن في العادة المبايعة بالفلوس فيما دون الدرهم فصار معلوماً بحكم العادة، ولا كذلك الدرهم قالوا: وقول أبي يوسف: أصح سيما في ديارنا اهـ وكتب على قوله: في ديارنا ما نصه بما وراء النهر لأن قدر ما يباع بالدرهم من الفلوس معلوم وإيراد هذه المسألة وهي شراء الفاكهة بدرهم فلوس في كتاب الصرف لأنه يشبه مبادلة الدرهم بالفلوس وهما من جملة الأثمان والصرف نوع بيع يقع في الأثمان اهـ إتقاني. **قوله في المتن: (نصف درهم فلوساً)** بالنصب على أنه صفة للنصف في قوله: نصف درهم ويجوز جره على أنه صفة لدرهم أي درهم هو فلوس اهـ إتقاني بالمعنى. **قوله: (وبنصف درهم إلا حبة من الفضة)** أي فجاز ذلك لأن الدرهم لما كان عبارة عن قدر معلوم من الفلوس صار كأنه قال: أعطني بهذا الدرهم، كذا كذا فلوساً ونصف درهم إلا حبة فلو صح بهذا جاز فكذا إذا ذكر ما هو بمعناه فكان النصف إلا حبة بإزائه من الفضة من الدرهم والفلوس بإزاء الباقي من الدرهم قال في الأصل: ولو شرطه فقال أعطني كذا وكذا فلوساً ودرهماً صغيراً وزنه نصف درهم

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من المطبوع.

العقد يتكرر عنده بتكرار اللفظ، وعندهما بتفصيل الثمن **حتى لو قال: أعطني بنصفه** فلوساً وأعطني بنصفه إلا حبة **جاز في الفلوس وبطل في الفضة بالإجماع**، وقد مر نظيره فيما إذا جمع بين حرّ وعبد ونحوه، ثم إن افترقا في هذه المسألة قبل أن يقبض الفلوس والنصف إلا حبة بطل في النصف إلا حبة، لأن العقد فيه صرف، وقد افترقا قبل قبض أحد البدلين ولا يبطل في الفلوس، لأن العقد فيها بيع فيكفي قبض أحد البدلين ولو لم يعطه الدرهم ولم يأخذ هو الفلوس حتى افترقا بطل في الكل لأنهما افترقا عن دين بدين فثبت بمجموع ما مضى أن الأموال أنواع: نوع ثمن بكل حال كالنقدين صحبه الباء أولاً قوبل بجنسه أو بغير جنسه، ونوع مبيع بكل حال كالثياب والدواب والعبيد ونوع ثمن من وجه مبيع من وجه كالمكيل والموزون غير النقدين فإنه إن كان معيناً في العقد كان مبيعاً وإن لم يكن معيناً وصحبه الباء وقوبل بالمبيع فهو ثمن، ونوع ثمن بالاصطلاح وهو سلعة في الأصل كالفلوس فإن كان رائجاً كان ثمناً، وإن كان كاسداً فهو سلعة مثمن وهذا لأن الثمن ما يثبت ديناً في الذمة عند العرب كذا ذكره الفراء، والنقود لا تستحق بالعقد إلا ديناً في الذمة فكانت ثمناً بكل حال، والعروض لا تستحق بالعقد إلا عيناً، فكانت مبيعة والمكيل والموزون غير النقدين يستحق بالعقد عيناً تارة وديناً أخرى فكان ثمناً في حال [مبيعاً في حال][1] ومن حكم الثمن أن لا يشترط وجوده في ملك العاقد عند العقد ولا يبطل العقد بفوات تسليمه، ويصح الاستبدال به في غير الصرف والسلم ومن حكم المبيع أن يشترط وجوده قبل العقد في غير السلم وأن لا يصح الاستبدال به قبل قبضه، **ومن شرطهما** أن لا يجوز التفاضل عند المقابلة بالجنس في المقدرات وأن يجب

إلا قيراطاً كان هذا جائزاً كله إذا تقابضا قبل أن يفترقا اهـ إتقاني. **قوله: (حتى لو قال: أعطني بنصفه)** قال في الهداية: ولو كرر لفظة الإعطاء كان جوابه كجوابهما لأنهما بيعان قال الإتقاني رحمه الله: ذكر هذا تفريعاً على ما تقدم وفيه نظر لأنه يفهم من هذا الجواب أن قول أبي حنيفة: كقولهما: إذا كرر لفظ الإعطاء بأن يجوز العقد في حصة الفلوس ويبطل في حصة الفضة وليس كذلك فإن محمداً ذكر في كتاب الصرف من الأصل وقال: وإذا دفع الرجل إلى رجل درهماً فقال أعطني بنصفه كذا كذا فلوساً وأعطني بنصفه الباقي درهما صغيراً يكون فيه نصف درهم إلا حبة فإن هذا فاسد لأنه صرف نصفه بنصف الحبة وينبغي على قياس قول أبي حنيفة: أن يفسد في الفلوس والدرهم الصغير جميعاً لأنهما صفقة واحدة فإذا فسد بعضها فسد كلها وفي قول أبي يوسف: الفلوس جائزة لازمة له والدرهم

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من المطبوع.

تعيينهما فيما يتعين وقبضهما فيما لا يتعين، وفي غير المقدّرات يجب تعيينهما فقط، وإن قوبل بخلاف جنسه فإن كان البدلان من المقدرات يجب تعيينهما إن كانا يتعينان بالتعيين أن جمعهما القدر كالحنطة والشعير، وإن كانا لا يتعينان يجب قبضهما كالذهب والفضة، وإن لم يجمعهما القدر كالحنطة والفضة أو الفلوس مع أحد النقدين أو كان أحدهما مقدراً والآخر/ غير مقدر كالثياب مع النقدين أو غيرهما من المقدرات يجب تعيين أحد البدلين دون الآخر كيلا يكون كالئاً بكالئ والله أعلم.

[١٨٠]

الصغير بنصف درهم إلا حبة باطل إلى هنا لفظ محمد في الأصل فقد صرح أن الصفقة واحدة وصاحب الهداية قال: إنهما بيعان اهـ **قوله**: (**جاز في الفلوس إلخ**) أي لأن العقد تفرق بتكرار الإعطاء كذا قالوا، لكن فيه إشكال لأن قوله: أعطني مساومة كقوله: بعني، وبالمساومة لا ينعقد البيع فكيف يتكرر بتكراره ولعل الوجه أن يقال: بتكرار أعطني يدل على أن مقصوده تفريق العقد فحمل على أنهما عقدا عقدين اهـ ابن فرشتا. **قوله**: (**وبطل في الفضة بالإجماع**) أي لتكرار لفظ أعطني اهـ **قوله**: (**ومن شرطهما**) أي المبيع والثمن اهـ



فهرس الجزء الرابع

من كتاب

تبيين الحقائق

شرح كنز الدقائق



فهرس الجزء الرابع